Die Augenscheinseinnahme

im deutschen Reichsstrafprozesse.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

der Juristenfakultät der Universität Rostock i. M.

vorgelegt von

Erich Anuschat

Referendar.

Borna-Leipzig

Buchdruckerei Robert Noske

1909.

Referent: Professor Dr. Wachenfeld

Dem Herrn Geheimen Justizrat

Professor Dr. Franz von Liszt

zu Berlin

in dankbarer Verehrung gewidmet

Inhaltsverzeichnis.

Literaturverzeichnis.

Beling, Ernst, Die Vornahme von Untersuchungen am lebenden menschlichen Körper als Prozeßmaßregel. In der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft Bd. 15 S. 471—504. Berlin 1895.

Bennecke, Hans, und **Beling,** Ernst, Lehrbuch des deutschen Reichsstrafprozeßrechts. Breslau 1900.

Binding, Karl, Grundriß des deutschen Strafprozeßrechts. 5. Aufl. Leipzig 1904.

Birkmeyer, Karl, Deutsches Strafprozeßrecht. Berlin 1898.

Birnbaum, J., Über den Beruf der Sachverständigen im Kriminalprozeß. Im Neuen Archiv des Kriminalrechts Bd. 14 Stück 2 S. 182—257. Halle 1833.

Allgemeines Criminalrecht für die preußischen Staaten. Erster Teil: Criminalordnung. Berlin 1806.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen. Leipzig.

Entwurf einer Strafprozeßordnung. Berlin 1908.

Gaupp, L., und **Stein,** Friedrich, Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich. 8. u. 9. Aufl. Tübingen und Leipzig 1906—1908.

Geib, Gustav, Geschichte des römischen Kriminalprozesses. Leipzig 1842.

Geyer, August, Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafprozeßrechts. Leipzig 1880.

Glaser, Julius, Beiträge zur Lehre vom Beweise im Strafprozeß. Leipzig 1880.

Glaser, Julius, Handbuch des Strafprozesses. Bd. 1. (Abt. 9 Teil 4 von Bindings Systematischem Handbuch der deutschen Rechtswissenschaft.) Leipzig 1883.

Groß, Carl, Die Beweistheorie im kanonischen Prozeß. Teil 1 Wien 1867, Teil 2 Innsbruck 1880.

Groß, Hans, Handbuch für Untersuchungsrichter. 5. Aufl. München 1908.

Hahn, C., Die gesamten Materialien zur Strafprozeßordnung. 2. Aufl. Berlin 1885.

Hellweg, A., Der Reichsstrafprozeß. 4. Aufl. des gleichnamigen Dochowschen Werkes. Berlin 1890.

Heusler, A., Die Grundlagen des Beweisrechtes. Im Archiv für die zivilistische Praxis Bd. 62 (neue Folge Bd. 12) S. 209—319. Tübingen und Leipzig 1879.

John, Richard Eduard, Strafprozeßordnung. Erlangen 1884.

Kitka, Joseph, Beitrag zur Lehre über die Erhebung des Tatbestandes der Verbrechen. Wien 1831.

Kitka, Joseph, Die Beweislehre im österreichischen Kriminalstrafprozeß. Wien 1841.

Kleinschrod, Gallus Aloys, über den Beweis durch Augenschein und Kunstverständige. Im Archiv des Kriminalrechts Bd. 5 Stück 3 S. 1—35, Bd. 6 Stück 1 S. 1—36. Halle 1803, 1805.

Kohler, J., und **Scheel**, W., Die peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V. Halle 1900.

v. Kries, August, Der Beweis im Strafprozeß des Mittelalters. Weimar 1878.

v. Kries, August, Lehrbuch des deutschen Strafprozeßrechts. Freiburg i. B. 1892.

v. Lilienthal, Karl, Das Strafprozeßrecht. In Birkmeyers Enzyklopädie der Rechtswissenschaft 2. Aufl. S. 1233—1307. Berlin 1904.

Löwe, E., Die Strafprozeßordnung für das Deutsche Reich. 12. Aufl. Berlin 1907.

Mittermaier, C. J. A., Handbuch des peinlichen Prozesses. Heidelberg 1810.

Mittermaier, C. J. A., Die Lehre vom Beweise im deutschen Strafprozeß. Darmstadt 1838. (zit.: Beweislehre.)

Mittermaier, C. J. A., Das deutsche Strafverfahren. Heidelberg 1845.

Motive zum Entwurfe einer Strafprozeßordnung. Berlin 1872. Deckerscher Verlag.

Planck, Julius Wilhelm, Das deutsche Gerichtsverfahren im Mittelalter. Braunschweig 1879.

Planck, Julius Wilhelm, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. München 1896.

Puchelt, Ernst Sigismund, Die Strafprozeßordnung für das Deutsche Reich. Leipzig 1881.

Rechtsprechung des Reichsgerichts in Strafsachen. Leipzig.

Remer, Wilhelm, Beitrag zur Erklärung des Art. 149 CCC. Im Archiv des Kriminalrechts Bd. 6 Stück 4 S. 58—79.

Rintelen, V., Der Strafprozeß. Berlin 1891.

Rosenfeld, Ernst Heinrich, Der Reichsstrafprozeß. 2. Aufl. Berlin 1905.

Rosenmeyer, A., Der menschliche Körper als Beweisobjekt. Im Gerichtssaal Bd. 63 S. 41—60. 1904.

Rupp, Erwin, Der Beweis im Strafverfahren. Tübingen und Freiburg 1884.

Sarau, Die Stellung des Untersuchungsrichters bei Einnahme des Augenscheins. In Goltdammers Archiv für preußisches Strafrecht Bd. 13 S. 743—752. Berlin 1865.

Schröder, Richard, Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte. 5. Aufl. Leipzig 1907.

Stein, Friedrich, Das private Wissen des Richters. Leipzig 1893.

Stenglein, M., Lehrbuch des deutschen Strafprozeßrechts. Stuttgart 1887.

Stenglein, M., Kommentar zur Strafprozeßordnung für das Deutsche Reich. 3. Aufl. München 1898.

Struckmann, J., und **Koch**, R., Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich. 8. Aufl. 1901.

Stübel, Christoph Carl, Über den Tatbestand der Verbrechen. Wittenberg 1805.
Ullmann, Emanuel, Lehrbuch des deutschen Strafprozeßrechts. München 1893.
Vargha, Julius, Das Strafprozeßrecht. Kompendien des österreichischen Rechts. Berlin 1907.
Wach, Adolf, Vorträge über die Reichszivilprozeßordnung. 2. Aufl. Bonn 1896.
v. Weveld, A., Zur Lehre vom gerichtlichen Augenschein. München 1877.
v. Wilmowski, G., und **Levy**, M., Zivilprozeßordnung. 7. Aufl. Berlin 1895.
Zachariä, Heinrich Albert, Handbuch des deutschen Strafprozesses. Göttingen 1861, 1868.

Sämtliche Werke sind unter der hervorgehobenen Bezeichnung zitiert.

Einleitung.

Als im Strafprozesse an die Stelle der gesetzlichen Beweistheorie der Grundsatz der freien Beweiswürdigung trat, verlor die vordem so hoch geschätzte Lehre vom Beweise erheblich an Ansehen und Beachtung. Und doch ist sie auch heute keineswegs überflüssig. Der Grundsatz der freien Beweiswürdigung entbindet den Richter nicht von der Pflicht, die Beweise sorgfältig zu prüfen und davon in den Urteilsgründen Rechenschaft zu geben. Dazu kommt, daß auch die heutige Gesetzgebung Vorschriften über das Beweisverfahren wie über die Zulässigkeit der Benutzung einzelner Beweismittel gibt;[1] dieselben ergeben häufig in ihrer praktischen Anwendung Schwierigkeiten, und ihre angebliche oder wirkliche Verletzung bildet eine nicht seltene Revisionsbegründung. Überdies ist die Frage, ob und inwieweit Beweis erbracht ist, ohnehin bei den meisten Strafverfahren die wichtigste, und die Worte Rupps: „Der Kampf mit dem Verbrechen wird entschieden auf dem Gebiete des Beweises" (S. 1) haben ihre volle Berechtigung.

Im Zivilprozeß sind die häufigsten Beweismittel Parteieid und Zeugen. Anders im Strafprozesse. Der Parteieid, den das germanische Recht auch für das Strafverfahren kannte, ist längst aus demselben verschwunden. Zeugen werden allerdings auch im Strafverfahren in reichlichem Maße vernommen, leider können sie sehr häufig nichts „Erhebliches" bekunden, da die meisten Verbrecher so vorsichtig sind, strafbare Handlungen nur da zu begehen, wo eine störende Anwesenheit dritter Personen nicht zu befürchten ist, bekanntlich sehr oft mit Erfolg. Glücklicherweise gibt es indessen außer den lebenden Zeugen noch andere, deren Fernhaltung nicht immer so leicht, oft selbst unmöglich ist, es sind dies die „stummen Zeugen", die „Spuren einer Tat, die ein Bild zu geben

---

[1] vgl. Rosenfeld S. 77f.

vermögen von Dingen, die kein lebender Zeuge gehört oder gesehen hat".[2] Bei einer ganzen Anzahl strafbarer Handlungen und gerade bei den schwersten Verbrechen bleiben erfahrungsgemäß fast immer solche „stummen Zeugen" zurück,[3] und wenn solche Verbrechen trotzdem ungesühnt bleiben, so geschieht es sehr häufig nur deswegen, weil die „stummen Zeugen" überhaupt nicht gefunden oder nicht richtig verstanden wurden. Denn es ist ungleich leichter, eine menschliche Person zu vernehmen, als Spuren eines Verbrechens richtig zu verwerten.

Soll dies überhaupt möglich sein, so müssen die Spuren dem erkennenden Gericht entweder unvermittelt zur Wahrnehmung mit eigenen Sinnen oder, wo dies nicht angängig ist, derart vermittelt vorliegen, daß die Persönlichkeit des Vermittlers die denkbar größte Gewähr der Zuverlässigkeit bietet. Und dies ermöglicht die Augenscheinseinnahme, der die vorliegende Abhandlung gewidmet ist.

Die Augenscheinseinnahme ist dem Zivilprozesse ebenso wie dem Strafprozesse bekannt, und die gesetzlichen Vorschriften zeigen zahlreiche Übereinstimmungen. Trotzdem soll an dieser Stelle grundsätzlich nur der Strafprozeß berücksichtigt und der Zivilprozeß nur da, wo es erforderlich scheint, vergleichsweise herangezogen werden. Es ist ja eine alte Streitfrage, ob und inwieweit das Beweisverfahren im Straf- und Zivilprozeß übereinstimmt. Schon unter dem gemeinen Inquisitionsprozesse wurde dies erörtert. Die ausführlichste mir bekannte Untersuchung findet sich bei Kitka,[4] auch Mittermaier[5] geht auf diese Frage ein. Letzterer bemerkt, daß einzelne Schriftsteller das Beweisverfahren des Strafprozesses von dem des Zivilprozesses auf das strengste zu scheiden suchen, während andere versuchen, eine gemeinschaftliche Beweislehre für beide Prozeßarten aufzustellen (S. 51). Kitka wie Mittermaier kommen zu dem meines Erachtens richtigen Ergebnisse, daß die Wahrheit in der Mitte liegt, daß beide Prozeß-

---

[2] Rupp S. 1.

[3] Der gemeine Inquisitionsprozeß nannte solche bezeichnenderweise „delicta facti permanentis", vgl. im folgenden S. 9.

[4] Beweislehre S. 25—33.

[5] Beweislehre S. 50 f.

arten als „Arten derselben Gattung“[6] „gemeinsame Merkmale“ aufweisen, ohne indessen völlig übereinzustimmen.

Auch heute ist die Frage bestritten.[7] Die meisten wählen den erwähnten Mittelweg, freilich ist nun wieder die weitere Frage, inwieweit Übereinstimmung, inwieweit Verschiedenheit? Ich kann hierauf selbstverständlich nicht eingehen und möchte nur bemerken: Bei der Augenscheinseinnahme ist der Unterschied hauptsächlich hinsichtlich der Dispositionsbefugnis der Parteien erheblich. Gerade diese ist aber geeignet, wie John (Bd. 1 S. 471) sagt, „das Wesen des Beweises zu verschleiern“. Zudem hat die Augenscheinseinnahme für den Strafprozeß eine ganz andere Bedeutung als für den von formeller Wahrheit beherrschten Zivilprozeß, und wenn der Strafprozeß auch sonst, namentlich hinsichtlich des Beweisrechtes, viel vom Zivilprozesse lernen kann, so glaube ich doch auf Grund der geschichtlichen Entwicklung behaupten zu können, daß hinsichtlich der Augenscheinseinnahme umgekehrt der Zivilprozeß vom Strafprozesse lernen kann.

---

[6] Kitka, Beweislehre S. 25.

[7] vgl. ausführlich John Bd. 1 S. 460—479; ferner Bennecke-Beling S. 329; Rupp S. 192.

I. Geschichtlicher Rückblick.

Eine ausführliche Darstellung der geschichtlichen Entwicklung der Augenscheinseinnahme, insbesondere ein Eingehen auf ihre zahlreichen Spuren in den deutschen Rechtsbüchern und sonstigen Quellen des Mittelalters, sowie auf die Bestimmungen sämtlicher Partikulargesetzgebungen des reformierten Strafprozesses, würde den Rahmen dieser Abhandlung, welche vorwiegend das geltende Recht behandeln will, erheblich überschreiten. Es soll daher im folgenden nur eine kurze Übersicht gegeben werden.

Daß dem römischen Strafverfahren eine Augenscheinseinnahme bekannt war, läßt sich nicht feststellen. Kleinschrod,[1] Mittermaier,[2] Geib (S. 611), Zachariä (Bd. 2 S. 219 Anm.) und Ullmann (S. 338) stellen es in Abrede. Zachariä weist insbesondere darauf hin, daß zwei von den Glossatoren angeführte Quellenstellen, l. 1 pr. D. XXV, 4 de inspic. ventre und l. 6 C. XII, 36 de re mil., sich nicht auf die Augenscheinseinnahme beziehen.[3]

Das kanonische Recht, welches die Augenscheinseinnahme im Zivil- wie im Strafverfahren kannte,[4] legte derselben eine eigentümliche Bedeutung bei. Es ging von der Ansicht aus, daß die Augenscheinseinnahme dem Richter ermögliche, die zu beweisenden Tatsachen unmittelbar sinnlich wahrzunehmen, eine Auffassung, die auch im gemeinen deutschen Inquisitionsprozesse und selbst noch in der späteren Zeit verbreitet war (vgl. S. 15). Hieraus folgerte es, daß die Augenscheinseinnahme lediglich ein Mittel sei, festzustellen, daß die durch dieselbe zu beweisenden Tatsachen keines

---

[1] Arch. d. KrimR. Bd. 5 Stück 3 S. 11.

[2] Beweislehre S. 165.

[3] Darüber, inwieweit Augenscheinseinnahme im römischen Zivilprozesse bekannt war, hat v. Weveld (S. 5 f.) umfangreiche Untersuchungen angestellt.

[4] vgl. hinsichtlich des letzteren Glaser, Beitr. S. 371 und Carl Groß Bd. 2 S. 106 f. mit Angabe der einschlägigen Quellenstellen.

Beweises bedürften, vielmehr „notorisch“ seien.[5] Diese Feststellung wurde als „Konstatierung der evidentia facti“ bezeichnet.[6] Im Strafverfahren hatte dies allerdings nur dann Bedeutung, wenn „die strafbare Handlung selbst Gegenstand der unmittelbaren Wahrnehmung des Richters war“.[7] In diesem Falle konnte nach Vornahme der „dem Angeschuldigten zustehenden Verteidigungsakte“ sofort zur Urteilsfällung geschritten werden.[8]

Im germanischen Rechte endlich entwickelte sich die Augenscheinseinnahme aus dem Verfahren bei „handhafter Tat“. Ursprünglich konnte der auf „handhafter Tat“ ertappte oder verfolgte Missetäter sofort getötet werden, später aber durfte er grundsätzlich nur gebunden vor den Richter geführt werden.[8a] Hierbei wurden dem Verbrecher regelmäßig Werkzeuge und Gegenstände, an denen er die Tat verübt hatte, oder Symbole derselben auf den Rücken gebunden: „die Mordwaffe, der erloschene Brand, gestohlene Gegenstände, die falschen Münzen usw.“[9] Dadurch wurden die sichtbaren Spuren der Tat[10] dem Richter vorgeführt. Der Kläger konnte nunmehr den Missetäter durch „selbsiebent“ geleisteten Eid überführen. Als Eideshelfer dienten hierbei die auf das Gerüfte herbeigeeilten „Schreimannen“.[11] Dem Beklagten war in solchem Falle sein Recht zum einfachen Unschuldseide abgeschnitten.[12]

Erforderlich war hierfür allerdings, daß der Missetäter wirklich auf handhafter Tat ergriffen und sofort gebunden dem Richter vorgeführt wurde. Indessen gingen die Rechte des Mittelalters zum Teil so weit, daß sie dem Beklagten selbst dann den Unschuldseid versagten, wenn der Kläger seine Klage hatte übernächtig

[5] Über den Begriff der Notorietät im kanonischen Recht vgl. Carl Groß Bd. 1 S. 54.

[6] Carl Groß Bd. 2 S. 4.

[7] vgl. im folgenden S. 16.

[8] vgl. Carl Groß Bd. 2 S. 117.

[8a] vgl. Schröder S. 90 u. 385.

[9] v. Kries, Beweis S. 36.

[10] Auch gewissermaßen die hörbaren durch Fortsetzung des bei Entdeckung der Tat erhobenen „Gerüftes“; vgl. Planck, Gerichtsverfahren Bd. 1 S. 766.

[11] Planck, Gerichtsverfahren Bd. 1 S. 766, 773; Schröder S. 90, 385.

[12] Planck a. a. O. Bd. 1 S. 765.

werden lassen, aber noch sichtbare und hörbare Spuren des „Friedebruchs“ aufweisen konnte. Die einzelnen Rechte gestatteten dem Kläger in solchem Falle entweder den „Kampfesgruß“, er durfte den Beklagten zum Zweikampf auffordern,[13] oder sie erlaubten ihm, den Unschuldseid „selbsiebent“ zu verlangen, oder ließen endlich Überführung des Beklagten durch Augen- und Ohrenzeugen der Tat zu.[14]

Dieses Aufweisen von sichtbaren und hörbaren Spuren der Tat führt in den germanischen Rechten die Bezeichnung „leibliche Beweisung“.[15]

Hinsichtlich ihrer sonstigen Anwendungsfälle weisen Birnbaum (S. 187) und v. Kries[16] namentlich auf die Gewohnheit hin, bei Totschlagsklagen den Leichnam des Erschlagenen, in späteren Zeiten auch nur dessen abgehauene Hand vor Gericht zu bringen.

Schröder (S. 791) meint allerdings, daß dieser Gebrauch so zu verstehen sei, daß der Tote oder dessen Hand den Kläger selbst darstellen solle. Indessen macht Birnbaum (S. 185 u. 187) darauf aufmerksam, daß schon in älteren fränkischen Formelsammlungen ein iudex erwähnt wird, der sich mit „bonis hominibus“ an den Ort begeben muß, an welchem der Leichnam eines mutmaßlich Getöteten gefunden wird, und daß dies ebenso in einem „alten südholländischen aus älteren fränkischen Rechtsgewohnheiten geschöpften Landrechte vom Jahre 1303“ dem Richter zur Pflicht gemacht wurde, wobei sechs „wohlgeborene Männer“ ein Urteil darüber zu finden hatten, ob der Tote an „Wunden und Schlägen“ gestorben sei.[17]

Auch der verwundete Kläger wies dem Gericht seine Wunden und Beulen vor,[18] wobei die Richter nicht nur das Vorhandensein der Wunde feststellten, sondern auch gewissermaßen als Sach-

---

[13] vgl. Planck, Gerichtsverfahren Bd. 2 S. 147.

[14] Planck a. a. O. Bd. 1 S. 759.

[15] „Beweisung“ der Akt des Vorzeigens zwecks Beweises; vgl. Heusler S. 213.

[16] Beweis S. 34.

[17] Birnbaum S. 187.

[18] v. Kries, Beweis S. 35.

verständige fungierten, indem sie feststellten, ob die Wunde kampfwürdig sei, ob sie die Todesursache enthalte usw.[19]

Fand eine Augenscheinseinnahme an Ort und Stelle statt, so mußte sich ursprünglich stets das Gericht selbst an den betreffenden Ort begeben.[20] Infolge der Unbequemlichkeit dieses Verfahrens wurde es später, namentlich im sächsischen Rechtskreise, üblich, einzelne aus der Versammlung mit der Besichtigung zu beauftragen und diese dann vor dem Gericht über ihre Wahrnehmungen Bericht erstatten zu lassen.[21] Derartige „Boten" wurden schließlich bei jeder leiblichen Beweisung benutzt, auch wenn es nicht notwendig war. v. Kries[22] erwähnt das Bamberger Recht, nach welchem selbst das dem auf handhafter Tat ergriffenen Diebe auf den Rücken gebundene „Leibzeichen" nicht durch das Gericht selbst, sondern durch einen Boten besichtigt wurde.

Während und nach der Rezeption der fremden Rechte bildete sich die Augenscheinseinnahme vornehmlich in der Praxis fort[23] unter wesentlicher Beeinflussung durch das kanonische Recht. Die peinliche Gerichtsordnung Karls V. enthielt nur äußerst spärliche Bestimmungen über die Augenscheinseinnahme. Der einzige Artikel, welcher sich wirklich mit der Augenscheinseinnahme beschäftigt, ist der Art. 149, welcher „vonn Besichtigung eines entleibten vor der Begrebnus" handelt und bestimmt, daß sich in derartigen Fällen „der Richter sampt zweien Scheffen, dem gerichtsschreiber vnd einem oder mehr wundartzten (so mann die gehabenn vnd solliches geschehenn khan)" „denselben doten körper vor der begrepnus mit vleyß besichtigen vnd alle seine empfanngene Wunden, schlege und wurffe, wie der jedes fundenn vnd ermessen wirt, mit fleiß merkenn vnd verzeichnen lassenn soll".[24] Selbst hier liegt also nur eine Augenscheinseinnahme unter Zuziehung von Sachverständigen, ein sogen. „zusammengesetzter Augenschein"[25] vor

---

[19] vgl. Planck, Gerichtsverfahren Bd. 2 S. 150.

[20] v. Kries, Beweis S. 36.

[21] v. Kries, Beweis S. 128; Planck, Gerichtsverfahren Bd. 2 S. 152 f.

[22] Beweis S. 129.

[23] vgl. Kleinschrod, Arch. d. KrimR. Bd. 5 Stück 3 S. 11.

[24] Der Text ist nach Kohler S. 69 zitiert.

[25] vgl. im folgenden S. 47.

und in der damaligen Praxis war es sogar eine, namentlich unter den Ärzten, sehr verbreitete Ansicht, daß der Richter bei einer derartigen „Besichtigung“ sehr überflüssig sei und auch ganz wegbleiben könne, obwohl dies in Wahrheit mehr auf die Ärzte zutrifft („so man die gehabenn und solliches geschehenn kann“).[26]

Der Art. 147 „so einer geschlagen wurt vnd stirbt, vnd man zweyfelt, ob er von den Wunden gestorben sey“[27] hat mit der Augenscheinseinnahme nichts zu tun, berücksichtigt vielmehr nur die Zeugen („khundtschafft zur sach dinstlich“) und Sachverständigen („wundartzt, der sache verstenndig“).[28] Auch die Art. 35 u. 36, in denen Glaser[29] „das Streben nach objektiver Erforschung“ sieht, „vonn heimblichenn kinder haben vnd tötten durch jhre Mutter“,[30] handeln lediglich von Sachverständigen, Art. 35 von Besichtigung „durch verstenndige Frawen“, Art. 36 von einer Untersuchung durch Hebammen.

Um so günstiger war indessen die Praxis des gemeinen Inquisitionsprozesses der Ausbildung und Verbreitung der Augenscheinseinnahme. Die Schriftlichkeit des Verfahrens brachte es mit sich, daß der erkennende Richter sämtliche Wahrnehmungen nur durch den Inquirenten machte, und daß erkennender Richter und Inquirent insoweit gewissermaßen zu einer Person verschmolzen. Der Inquirent aber, dem die „Erhebung des Tatbestandes“[31] oblag, kam in der Regel in kürzester Zeit an den Tatort und hatte daher reichlich Gelegenheit, Spuren der Tat durch Augenscheinseinnahme festzustellen. Und so kam es, daß auch die Theorie die Bedeutung der Augenscheinseinnahme mehr und mehr anerkannte, um so mehr, als auch bereits die italienischen Juristen die Bestimmungen des kanonischen Rechts über die Augenscheinseinnahme wesentlich erweitert hatten.[32]

[26] Dies betont schon Remer (selbst Professor der Medizin) und weist die Ansicht von der Überflüssigkeit des Richters bei derartigen Besichtigungen zurück. Remers Ausführungen geben auch ein anschauliches Bild von der Fortbildung der in Art. 149 enthaltenen Bestimmungen.

[27] Kohler S. 68.

[28] vgl. hierüber ausführlich Zachariä Bd. 2 S. 220 Anm.

[29] Beitr. S. 371 Anm.

[30] Kohler S. 22.

[31] vgl. Kitka, Beitrag S. 14.

[32] vgl. Zachariä Bd. 2 S. 220 Anm.

Die Theorie des gemeinen Inquisitionsprozesses teilte die strafbaren Handlungen bekanntlich in solche, bei deren Begehung erfahrungsgemäß[33] äußere sinnlich wahrnehmbare Spuren zurückblieben, sogen. delicta facti permanentis, und in solche, welche in der Regel keine derartigen Spuren hinterließen, delicta facti transeuntis.[34] Allerdings macht Mittermaier (a. a. O.) und ebenso auch Kleinschrod[35] darauf aufmerksam, daß eine scharfe Trennung nicht möglich sei, und daß ein delictum facti permanentis im einzelnen Falle keine Spuren hinterlassen könnte, so gut wie das Umgekehrte bei einem delictum facti transeuntis möglich wäre. Es wurden wohl gewisse Verbrechen (z. B. Mord, Einbruchsdiebstahl usw.) stets als delicta facti permanentis angesehen, erschöpfende Begriffsbestimmungen indessen gab es nicht und konnte es nicht geben.

Bei allen delicta facti permanentis war es stets die Pflicht des Inquirenten, die Augenscheinseinnahme vorzunehmen.

Die Theorie ging jedoch weiter. Sie nahm an, daß bei den delicta facti permanentis voller Beweis nur durch Augenscheinseinnahme geliefert werden könne. War diese unterlassen oder nicht möglich (war z. B. im Falle der Tötung die Leiche des Getöteten nicht aufzufinden), so konnte nicht auf die ordentliche Strafe erkannt werden.[36] Man half sich allerdings oft durch alle möglichen Einschränkungen dieser Theorie,[37] immerhin wurde doch angenommen, daß selbst ein Geständnis bei einem delictum facti permanentis keine „juristische Gewißheit“ bewirken könne, wenn „die zu erwartenden Spuren der Tat“ nicht wahrzunehmen waren.[38] Die Unhaltbarkeit dieser Theorie hat Stübel aus-

---

[33] Dies ist allerdings bei Mittermaier (Handb. Bd. 1 S. 495) nicht ausdrücklich gesagt, geht indessen aus den daselbst gegebenen Beispielen hervor, desgleichen auch aus den im folgenden erwähnten Hinweisen auf die Unmöglichkeit einer scharfen Trennung. Kitka (Beitrag S. 206) definiert sie als „Verbrechen, welche gewöhnlich sinnlich wahrnehmbare Spuren zurücklassen“. So auch die preuß. Kriminalordnung v. 11. 12. 1805 in den §§ 137 u. 138 S. 58.

[34] Mittermaier, Handb. Bd. 1 S. 495, Beweislehre S. 166.

[35] Arch. d. KrimR. Bd. 5 Stück 3 S. 10.

[36] Mittermaier, Beweislehre S. 167; Zachariä Bd. 2 S. 220 Anm.

[37] vgl. Stübel S. 396 ff.

[38] Stübel S. 407.

führlich nachgewiesen (S. 408 f.) unter besonderem Hinweise darauf, daß die Bestimmungen der peinlichen Gerichtsordnung Karls V. dieselbe in keiner Weise stützten (S. 413 f.).

Immerhin blieb doch die Augenscheinseinnahme im gemeinen Inquisitionsprozesse „von großer Wichtigkeit, weil sie dem Richter unter allen übrigen Beweismitteln die größte Gewißheit verschafft“,[39] und „jede Tatsache, welche durch einen gehörig vorgenommenen richterlichen Augenschein amtlich bezeuget wurde“, galt als vollkommen juristisch erwiesen.[40]

Im reformierten Verfahren hätte das Prinzip der Unmittelbarkeit die Bedeutung der Augenscheinseinnahme eigentlich noch steigern müssen. Indessen war gerade das Gegenteil der Fall. Für den Zeugen-, Sachverständigen- und auch den Urkundenbeweis erschien es selbstverständlich, daß bei der Beweiserhebung soweit als irgend möglich der erkennende Richter an Stelle des Inquirenten treten mußte. Augenscheinseinnahmen durch das erkennende Gericht indessen zeigten sich häufig infolge der zwischen Straftat und Hauptverhandlung vergangenen Zeit unausführbar, fast aber immer mit erheblichen Zeit- und Geldverlusten verknüpft, und die Resultate standen hierzu häufig in keinem entsprechenden Verhältnis. Die Gesetzgebungen ließen daher durchgängig Augenscheinseinnahmen durch einen Erhebungsrichter in allen Stadien des Verfahrens zu, die Theorie ging im Anschluß daran sogar so weit, die Vermittlung durch das Protokoll des Erhebungsrichters als ein wesentliches Begriffsmerkmal der Augenscheinseinnahme anzusehen.[41]

Und selbst dabei blieb es noch nicht. Das Prinzip der freien Beweiswürdigung beseitigte durchgängig die hervorragende Beweiskraft der Augenscheinseinnahme. Dem Richter war es mit wenigen Ausnahmen anheimgestellt, sich von dem Beweismaterial durch ihm zweckmäßig erscheinende Beweismittel Kenntnis zu verschaffen. „Zweckmäßig“ erschien aber in der Mehrzahl der Fälle nicht die Augenscheinseinnahme, sondern der Zeugenbeweis. An Stelle des Inquirenten war bei der Erhebung des Tatbestandes im allge-

[39] So Kitka, Beitrag S. 205.

[40] Mittermaier, Beweislehre S. 178; Zachariä Bd. 2 S. 424.

[41] vgl. im folgenden S. 21 und v. Kries S. 411.

meinen die Polizei und Gendarmerie getreten, und nur selten wurde von der (allerdings immer zulässigen) Beiziehung eines Richters Gebrauch gemacht. Die Erhebungen der Polizeibeamten und Gendarmen aber konnten dem erkennenden Gericht nur durch das mündliche Zeugnis der betreffenden Beamten vermittelt werden. Und so gut wie ein Polizeibeamter konnte schließlich auch ein im einzelnen Falle zuverlässig und intelligent erscheinender Privatmann ein Zeugnis über den Zustand eines „Augenscheinsobjektes" oder, genauer gesagt, eines hierzu geeigneten Gegenstandes ablegen, sei es, daß er die erforderliche Kenntnis zufällig besaß oder sie sich durch eine „hierauf abzielende Tätigkeit" erworben hatte.

Und so ist es auch noch heute, der Zeugenbeweis am häufigsten, die Augenscheinseinnahme am seltensten. In letzter Zeit macht sich freilich, vor allem unter dem Einflusse der modernen Psychologie, die die Unzuverlässigkeit der Zeugenaussage so eingehend nachweist,[42] eine Bewegung bemerkbar, die die Augenscheinseinnahme wieder an die erste Stelle bringen will. Vor allen ist hier Hans Groß zu nennen, der den Wert der „Realien", des sachlichen Beweismaterials, ebenso wie die so häufige Minderwertigkeit der Zeugenaussagen hervorhebt.[43]

Die Praxis verhält sich allerdings vorläufig noch ziemlich ablehnend gegen die Augenscheinseinnahme. Hiervon wird im vierten und fünften Abschnitte dieser Abhandlung ausführlich die Rede sein. Immerhin dürfte es zweifellos sein, daß das moderne Streben nach „objektiver Wahrheit" auch auf die Beweislehre des Strafprozesses von Einfluß sein wird, und dann muß es vor allem bei der Augenscheinseinnahme einsetzen. Vielleicht gelingt es dann, den Wert der Augenscheinseinnahme richtig zu bemessen, nachdem er im gemeinen Inquisitionsprozeß überschätzt, im reformierten Verfahren unterschätzt worden ist.

---

[42] vgl. Hans Groß Bd. 1 S. 71 f. und die daselbst angegebene umfangreiche Literatur.

[43] Hans Groß Bd. 1 Vorwort S. 9.

II. Begriff und Wesen der Augenscheinseinnahme.

So wenig wie die früheren Gesetzgebungen enthält die Strafprozeßordnung eine Begriffsbestimmung der Augenscheinseinnahme. Sie spricht in den §§ 86 u. 248 von der „Einnahme des richterlichen Augenscheins", in den §§ 185, 191, 193 u. 224 von der „Einnahme des Augenscheins", sagt indessen nirgends, was darunter zu verstehen sei.[1]

In der Literatur wie in der Rechtsprechung ist ebenso oft von der „Augenscheinseinnahme" wie kurzweg vom „Augenschein" die Rede. Ein Unterschied wird zwischen diesen beiden Ausdrücken nirgends gemacht, vielmehr werden sie für vollkommen gleichwertig gehalten.[2] In dieser Abhandlung soll, um Unklarheiten zu vermeiden, stets die Bezeichnung „Augenscheinseinnahme" gebraucht werden.

Was ist unter „Augenscheinseinnahme" im Sinne der Strafprozeßordnung zu verstehen? Nach dem Wortlaute würde zunächst nur eine durch den Gesichtssinn gemachte Wahrnehmung in Frage kommen können. Indessen ist unbestritten, daß die Wahrnehmung auch durch jeden anderen Sinn erfolgen kann.[3]

Allerdings sind die Fälle, in denen die Wahrnehmung durch den Gesichtssinn erfolgt, weitaus die häufigsten, und dieser Umstand mag, wie Glaser[4] bemerkt, zu der Bezeichnung „Augen-

---

[1] Ebensowenig die ZPO., welche in den §§ 3, 144, 160, 219, 371, 372 u. 485 Vorschriften über die Augenscheinseinnahme enthält.

[2] Geyer S. 484. Die ZPO. spricht im § 160 Ziff. 4 von dem „Ergebnis eines Augenscheins", im § 371 von dem „Beweis durch Augenschein" und dem „Gegenstande des Augenscheins". Auch hier ist „Augenschein" mit „Augenscheinseinnahme" gleichbedeutend. Hinsichtlich der Wendung „Beweis durch Augenschein" vgl. im folgenden S. 22.

[3] vgl. z. B. Löwe S. 350; v. Kries S. 409; Rosenfeld S. 245; Glaser, Handb. Bd. 1 S. 654; Bennecke-Beling S. 335; Birkmeyer S. 413; Hellweg-Dochow S. 234; John Bd. 1 S. 494; Ullmann S. 337; Zachariä Bd. 2 S. 216; Rintelen S. 117. Im Zivilprozeß ist die obengenannte Ansicht ebenfalls allgemein anerkannt. Zitiert seien hier nur v. Weveld S. 54/55; Struckmann-Koch S. 500; Wilmowski-Levy S. 574; Gaupp-Stein Bd. 1 S. 852.

[4] Handb. Bd. 1 S. 657.

scheinseinnahme" Veranlassung gegeben haben. Immerhin kommen daneben auch Fälle vor, in denen die Wahrnehmungen durch das Gehör (z. B. zwecks Feststellung von Entfernungen, innerhalb welcher bestimmte Rufe vernehmbar sind), durch Geruch, Geschmack oder Gefühl (z. B. bei Vergiftungen, Fälschungen oder auch bei Werterhebungen) erfolgen.

Somit ergibt sich als erstes Begriffsmerkmal der Augenscheinseinnahme sinnliche Wahrnehmung.[5]

Ein weiteres Begriffsmerkmal deutet die Strafprozeßordnung selbst an, indem sie in den §§ 86 u. 248 von der „Einnahme des richterlichen Augenscheins" spricht. Augenscheinseinnahme ist immer nur eine von einem Richter gemachte sinnliche Wahrnehmung. Dies war schon im kanonischen Rechte[6] und im gemeinen Inquisitionsprozesse[7] durchgängig anerkannt. In einzelnen späteren Partikulargesetzgebungen fanden sich Bestimmungen, daß in minder wichtigen Fällen ein nichtrichterlicher Beamter mit der Einnahme des Augenscheins betraut werden könne, so in der sächsischen Strafprozeßordnung (Art. 173) und der badischen (§ 83).[8] Die geltende Strafprozeßordnung hat eine derartige Bestimmung nicht aufgenommen, da „dem von einem nichtrichterlichen Beamten aufgenommenen Protokolle eine Beweiskraft für das Strafverfahren nicht beigelegt werden kann" und daher eine derartige Besichtigung, „wenn sie vorkommt, nach den Grundsätzen vom Zeugnis, nicht nach denen vom Augenschein zu beurteilen sein würde".[9]

Infolgedessen ist es für den Begriff der Augenscheinseinnahme nach geltendem Recht unentbehrlich, daß eine richterliche Tätigkeit vorliegt, und kann die durch einen Staatsanwalt, Gerichtsschreiber oder Polizeibeamten vorgenommene Besichtigung niemals als Augenscheinseinnahme in Betracht kommen.[10]

---

[5] Geistige Wahrnehmungen, also Schlußfolgerungen, fallen nie unter den Begriff der Augenscheinseinnahme (vgl. Birkmeyer S. 413).

[6] Carl Groß Bd. 2 S. 1.

[7] Kitka, Beitrag S. 161.

[8] vgl. Mot. S. 73.

[9] Mot. S. 73.

[10] vgl. Birkmeyer S. 413; Bennecke-Beling S. 337; Ullmann S. 341; Zachariä Bd. 2 S. 216; Stenglein, StPO. S. 220; Puchelt

Auch genügt es nicht, daß eine private richterliche Sinneswahrnehmung vorliegt. Wenn der Richter etwa auf einem Spaziergange die Leiche eines Ermordeten findet und dabei die von dem Täter zurückgelassenen Spuren besichtigt, nimmt er doch nicht Augenschein ein. Mit Recht betont daher Zachariä (Bd. 2 S. 444), daß nur von dem Richter in amtlicher Eigenschaft gemachte sinnliche Wahrnehmungen in Frage kommen können.

Wie steht es indessen in dem folgenden Falle? Der Richter vernimmt in einer Mordsache den Beschuldigten, der kurz vor der Tat mit dem Ermordeten zusammen gesehen wurde, und bemerkt bei dieser Gelegenheit, daß dessen Wäsche Blutspritzer aufweist. Er wird dies selbstverständlich in das Protokoll aufnehmen und die weiteren erforderlichen Maßnahmen treffen. Hat er indessen Augenschein eingenommen? Ich glaube es nicht. Ich halte es vielmehr für den Begriff der Augenscheinseinnahme unentbehrlich, daß die Wahrnehmung „keine zufällige und nebenhergehende, sondern das Produkt einer auf dieselbe abzielenden Tätigkeit ist“.[11] Auch Stenglein hält es für wesentlich, daß die Wahrnehmung „zum Zwecke der Schaffung eines Beweismittels“ erfolgt,[12] ebenso sagt Geyer (S. 484) und vor ihm schon Kitka,[13] daß die richterliche Wahrnehmung „auf beweiskräftige Feststellung von Tatsachen gerichtet“ sein müßte. Diese letztere Wendung scheint mir die treffendste zu sein. Birkmeyer sagt kurzweg, die Wahrnehmung müsse von dem Richter in seiner Eigenschaft als Prozeßrichter gemacht sein (S. 414), indessen läßt sich aus dieser Wendung meiner Ansicht nach nicht deutlich ersehen, auf welchen „Prozeß“ sich eigentlich die richterliche Tätigkeit beziehen muß, so daß der Ausdruck schließlich auch nicht mehr als „amtliche Wahrnehmung“ besagt. Ebensowenig scheint mir die in der Entscheidung des Reichsgerichts (Bd. 39 S. 304) gewählte Ausdrucksweise zutreffend

---

S. 188. Auch im Zivilprozesse fällt nur eine richterliche Sinneswahrnehmung unter den Begriff der Augenscheinseinnahme; vgl. v. Weveld S. 54; Struckmann Koch S. 500; Gaupp-Stein Bd. 1 S. 852.

[11] So Glaser, Handb. Bd. 1 S. 657; fast mit denselben Worten Sarau S. 747.

[12] StPO. S. 220.

[13] Beitrag S. 204.

zu sein. Das Reichsgericht weist an dieser Stelle ganz im Sinne der obigen Erörterungen darauf hin, daß des Richters „unmittelbare, nicht von ihm aufgesuchte Wahrnehmungen und Eindrücke" nicht unter den Begriff der Augenscheinseinnahme fallen,[14] daß vielmehr (S. 305) „die Besichtigung beschlossen werden muß". Dieses Merkmal charakterisiert es aber dergestalt, daß es die „Vorführung" der Augenscheinsobjekte[15] für wesentlich hält. Eine „Vorführung" kann doch immer nur seitens dritter Personen erfolgen, und wenn das Gericht beschließt, z. B. eine bestimmte Waldstelle zu besichtigen, hinausfährt und den Augenschein einnimmt, so kann von einer „Vorführung" meines Erachtens nicht gesprochen werden, zumal das Gericht hinsichtlich der Anordnungen von Augenscheinseinnahmen in keiner Weise an Anträge gebunden ist.[16]

Ich halte daher die obengenannte Wendung „auf beweiskräftige Feststellung von Tatsachen gerichtet" für die beste.

Alle bisher genannten Merkmale passen indessen, so wesentlich sie für den Begriff der Augenscheinseinnahme auch sind, mehr oder weniger auch auf andere Arten der Beweisaufnahme im Strafprozeß, so z. B. auf die Vernehmung von Zeugen oder das Lesen von Urkunden.[17]

Worin besteht das unterscheidende Merkmal? Früher sagte man häufig, bei der Augenscheinseinnahme liege „unmittelbare" richterliche Sinneswahrnehmung vor.

Diese Bezeichnung hat jedoch schon von dem kanonischen Prozeß an zu zahlreichen falschen Auffassungen Veranlassung gegeben und bedarf daher einer kurzen Erwähnung. Was nimmt der Richter bei der Augenscheinseinnahme unmittelbar wahr? Die Antwort lautete: die zu beweisenden Tatsachen.[18] Und

[14] Ohne daß ihre Benutzung deshalb unzulässig wäre; vgl. hierüber im folgenden S. 40.

[15] Über letztere vgl. S. 23 d. Abhandl.

[16] vgl. im folgenden S. 37.

[17] vgl. John Bd. 1 S. 494.

[18] Dieser Ansicht ist heute noch Birkmeyer, welcher meint (S. 415), daß „Augenscheinsobjekte eigentlich die zu beweisenden Tatsachen selbst seien". Über den

solange man hierunter, wie es nach dem Ausdrucke auch nicht anders möglich war, sämtliche zu beweisenden Tatsachen verstand, solange mußte man auch daran festhalten, daß der Richter auch die strafbare Handlung selbst unmittelbar wahrnehmen könne, woraus sich dann die bereits in dem geschichtlichen Rückblicke erwähnten Ansichten, daß die Augenscheinseinnahme einen Beweis überflüssig mache, und daß die zu beweisenden Tatsachen bei der Augenscheinseinnahme „notorisch" seien, erklären lassen.

Ist es überhaupt möglich, daß der Richter, sei es der erkennende oder der „Erhebungsrichter" (vgl. S. 28), eine strafbare Handlung unmittelbar sinnlich wahrnimmt? Gewiß, aber eine derartige Wahrnehmung ist nie Augenscheinseinnahme.

Es kann sich zunächst um eine private Wahrnehmung handeln; daß eine solche nicht Augenscheinseinnahme ist, ist bereits erwähnt (S. 14).

Indessen kann der Richter auch amtlich eine derartige Wahrnehmung machen, z. B. wahrnehmen, wie der Angeschuldigte einen Gerichtsdiener verletzt, ein Zeuge einen andern beleidigt usw. Eine solche Wahrnehmung kann jedoch immer nur zufällig geschehen, nie aber, wie es bei der Augenscheinseinnahme der Fall sein muß, „das Produkt einer auf die Augenscheinseinnahme abzielenden Tätigkeit" sein (vgl. S. 14). Zudem bestimmt § 185 GVG. ausdrücklich, daß das Gericht, wenn in der Sitzung eine strafbare Handlung begangen wird, lediglich den Tatbestand festzustellen und das darüber aufgenommene Protokoll der zuständigen Behörde mitzuteilen hat. Diese „zuständige Behörde" ist regelmäßig die Staatsanwaltschaft, befindet sich dieselbe nicht am Ort und ist die schleunige Vornahme richterlicher Untersuchungshandlungen erforderlich, so ist es der für diese zuständige Amtsrichter.[19] Daß ein derartiges Protokoll „als Augenscheinsprotokoll eventuell für die Beweisaufnahme in der Hauptverhandlung Verwertung finden kann", wie dies Ullmann (S. 341) annimmt, halte ich für ausgeschlossen, da das Gesetz hierfür nicht den

---

Einfluß dieser Ansicht auf die Wesensbestimmung der Augenscheinseinnahme vgl. im folgenden S. 22.

[19] Löwe S. 168 Anm. 7.

mindesten Anhaltspunkt ergibt. Das Protokoll ist lediglich als eine „Anzeige" im Sinne des § 156 StPO. anzusehen. In der Hauptverhandlung müssen die Mitglieder des Gerichts, welche die strafbare Handlung wahrgenommen haben, als Zeugen vernommen werden.

Die Theorie versucht vielfach, den Begriff der „Tatsachen" umzuändern. So versteht Heusler (welcher allerdings vorwiegend den Zivilprozeß im Auge hat, jedoch auch den Strafprozeß berücksichtigt) unter Tatsachen „nicht nur facta, Geschehenes, Ereignisse, Handlungen, sondern auch Zustände, Gewordenes, dauernd Bestand Habendes" (S. 217). Ebenso gibt Stein (S. 52) zu, daß der Richter „immer nur einen gegenwärtigen Zustand wahrnehmen könne, der aber als Indiz für vergangene Ereignisse dienen könne".[20]

Ich glaube indessen, man braucht bei dem Versuche einer Begriffsbestimmung der Augenscheinseinnahme auf den Begriff der „Tatsache" nicht einzugehen, muß dagegen bei der „Unmittelbarkeit" einsetzen.

Vorweg sei bemerkt, daß der Begriff der Unmittelbarkeit in verschiedenem Sinne aufgefaßt wird. Um Verwechslungen zu vermeiden, will ich hier meinen späteren Erörterungen vorgreifen und auf folgendes hinweisen.

1. Kitka[21] versteht unter „unmittelbarem Augenschein" einen solchen, der ohne Zuziehung von Sachverständigen vorgenommen wird. In dieser Abhandlung wird die Augenscheinseinnahme in dieser Beziehung als „einfache" im Gegensatze zur „zusammengesetzten" Augenscheinseinnahme bezeichnet.[22]

2. Die häufigste Anwendung der Augenscheinseinnahme ist die durch den „Erhebungsrichter", sie wird von einzelnen Autoren sogar als die nach geltendem Recht einzig mögliche Art der Augenscheinseinnahme betrachtet. Bei ihr erhält der erkennende Richter die „zu beweisenden Tatsachen" mindestens durch den Erhebungsrichter und dessen Protokoll vermittelt.[23]

---

[20] Im Zivilprozeß von Weveld S. 66 Anm.: „Selbstverständlich ist, daß der Gerichtsaugenschein nur noch gegenwärtig fortdauernde Tatsachen umfaßt".

[21] Beitrag S. 204.

[22] Näheres S. 47.

[23] Näheres S. 40 f.

Es bleibt also hier nur die Augenscheinseinnahme durch das erkennende Gericht zu betrachten.

Es ist freilich, wie gleich hier erwähnt werden soll, sehr bestritten, ob es überhaupt eine „Augenscheinseinnahme durch das erkennende Gericht" gibt, ob also dann, wenn das erkennende Gericht in der Hauptverhandlung Gegenstände besichtigt oder an ihnen sonstige sinnliche Wahrnehmungen mit eigenen Sinnen macht, eine Augenscheinseinnahme vorliegt. Die überwiegende Ansicht nimmt es für den Fall an, daß die sämtlichen übrigen in diesem Abschnitte genannten Begriffsmerkmale vorliegen, insbesondere also die Wahrnehmung „das Produkt einer auf dieselbe abzielenden Tätigkeit" ist (vgl. S. 14). Auf die für und wider sprechenden Gründe komme ich im Abschn. 4 dieser Abhandlung ausführlich zu sprechen. Hier ist nur die Frage zu erörtern, ob bei einer Augenscheinseinnahme durch das erkennende Gericht die zu beweisenden Tatsachen unmittelbar sinnlich wahrgenommen werden. Auf den ersten Blick scheint es der Fall zu sein. Kein Zeuge, kein Sachverständiger, kein Erhebungsrichter und keine Urkunde vermittelt, und man ist versucht, Stenglein beizupflichten, welcher (Lehrb. S. 224) die Augenscheinseinnahme durch das erkennende Gericht ausdrücklich als „unmittelbare Augenscheinseinnahme" bezeichnet. Indessen ist in Wahrheit auch diese Augenscheinseinnahme keine „unmittelbare" sinnliche Wahrnehmung.

Daß „der Augenschein", also die Augenscheinseinnahme (vgl. S. 12), nicht vermittelt, weist treffend Heusler (S. 239) nach, indem er darauf hinweist, daß in diesem Falle auch „die Vernehmung des Zeugen, die Einsichtnahme der Urkunde" vermitteln müsse, denn diese richterlichen Betätigungen seien „das Korrelat zum Augenschein". Ebenso spricht sich John (Bd. 1 S. 494 f.) aus.

Wer vermittelt bei dem Zeugenbeweise die „zu beweisenden Tatsachen" dem Richter? Selbstverständlich der Zeuge. Und wer bei der Augenscheinseinnahme? Wer anders als der in der Einleitung erwähnte „stumme Zeuge", das Augenscheinsobjekt. Birkmeyer nimmt allerdings an (S. 415), daß das Augenscheinsobjekt selbst die zu beweisende Tatsache sei.

Indessen weist Bennecke-Beling (S. 336 Anm.) treffend

darauf hin, daß nicht das Augenscheinsobjekt, sondern „diese oder jene Eigenschaft" desselben als Beweisthema angesehen werden müsse. Die Meinungen hierüber sind geteilt im Straf- wie im Zivilprozeß. Der Streit ist vor allem für die Wesensbestimmung der Augenscheinseinnahme von größter Bedeutung, und werde ich auf ihn deshalb am Schlusse des vorliegenden Abschnittes (S. 21) ausführlich zurückkommen. An dieser Stelle dürften die bisherigen Ausführungen genügen, um zu zeigen, daß bei einer Begriffsbestimmung der Augenscheinseinnahme die „Unmittelbarkeit" am besten ausgeschaltet wird.

Vielfach wird deshalb von „eigener" Wahrnehmung des Richters gesprochen. Dieser Ausdruck erscheint mir zutreffend, wenn er richtig verstanden wird. Keineswegs darf er, wie dies oft geschieht, als gleichbedeutend mit „unmittelbar" aufgefaßt werden. Zachariä (Bd. 2 S. 216) und Löwe (S. 350) definieren die Augenscheinseinnahme als „eigene (unmittelbare)" Wahrnehmung, erklären also offensichtlich „eigen" als „unmittelbar". Vorsichtiger spricht Kitka[24] von „eigener, unmittelbarer" Wahrnehmung.

Richtig weist Glaser[25] darauf hin, daß „eigene Wahrnehmung" lediglich „im Gegensatze steht zur Entgegennahme von Mitteilungen anderer über ihre Wahrnehmungen".

Immerhin erscheint es mir mit Rücksicht auf die obengenannte Auffassung nicht angängig, kurzweg von „eigener Wahrnehmung" zu sprechen, wie dies z. B. Birkmeyer (S. 413), Ullmann (S. 338), Stenglein[26] und Geyer (S. 484) tun. Ich möchte vielmehr den Ausdruck „mit eigenen Sinnen gemachte Wahrnehmung" wählen, der allerdings nicht gerade schön ist, immerhin aber deutlich erkennen läßt, daß lediglich die Wahrnehmungen fremder Personen ausscheiden. Da ich in meiner Begriffsbestimmung nur von „richterlicher Wahrnehmung" oder „Wahrnehmung des Richters" spreche, so erübrigt sich ein Hinweis darauf, daß unter diesem „Richter" keineswegs nur der erkennende Richter gemeint ist.[27]

---

[24] Beitrag S. 203.

[25] Handb. Bd. 1 S. 657.

[26] StPO. S. 220.

[27] vgl. Zachariä Bd. 2 S. 217.

Ein anderer Hinweis erübrigt sich jedoch leider nicht, nämlich der auf den Urkundenbeweis, bei welchem der Richter ebenfalls „mit eigenen Sinnen", d. h. ohne Vermittlung fremder Personen, wahrnimmt. Es muß also die ganze bisherige Begriffsbestimmung dahin eingeschränkt werden, daß Augenscheinseinnahme immer nur dann vorliegt, wenn die betreffende Wahrnehmung an einem „Augenscheinsobjekt" erfolgt. Ich muß daher abermals vorgreifen und schon hier darauf hinweisen, daß Augenscheinsobjekt ein Gegenstand ist, der durch sein Dasein, seine äußere Beschaffenheit oder seine räumlich-zeitliche Beziehung zu anderen Sachen oder Personen Beweis liefert.[28]

Als letztes Begriffsmerkmal der Augenscheinseinnahme ist endlich noch zu erwähnen, daß die Wahrnehmung in der gesetzlich vorgeschriebenen Form erfolgen muß.[29] Dieses Merkmal gelangt namentlich oft bei der Augenscheinseinnahme durch den Erhebungsrichter zu praktischer Bedeutung. Denn dessen Protokoll über die Einnahme des richterlichen Augenscheins darf in der Hauptverhandlung gemäß § 248 StPO. verlesen werden. Nun ist es ein häufiger Revisionsgrund, die Augenscheinseinnahme sei nicht in der gesetzlich vorgeschriebenen Form erfolgt, mithin liege keine Augenscheinseinnahme vor, und habe das über diesen Akt aufgenommene Protokoll daher nicht verlesen werden dürfen. Das Reichsgericht steht auf dem meines Erachtens durchaus zutreffenden Standpunkt, daß der betreffende Akt nur „in allen wesentlichen Punkten dem Gesetze entsprechen" muß,[30] und überläßt es „der freien Beurteilung des erkennenden Richters, in dem seiner Entscheidung unterbreiteten konkreten Falle die rechtliche Bedeutung des begangenen speziellen Verstoßes und dessen Einfluß auf die urkundliche Beweiskraft des Protokolls nach der besonderen Lage des Falles zu ermessen und festzustellen".[31]

---

[28] Näheres S. 26. — Zweckmäßig gehen daher manche Autoren nicht, wie ich dies hier im Anschlusse an die früher herrschende und heute noch vielfach vertretene Auffassung tun mußte, von der Definition der Augenscheinseinnahme, sondern von der des Augenscheinsobjektes aus, so z. B. v. Kries S. 407; Bennecke-Beling S. 337.

[29] Geyer S. 484; Birkmeyer S. 414; Ullmann S. 337.

[30] Entsch. Bd. 1 S. 257; vgl. Glaser, Handb. Bd. 1 S. 670.

[31] Entsch. Bd. 31 S. 136. Entsch. Bd. 1 S. 256 enthält ein Beispiel der

Glaser führt endlich noch als Begriffsmerkmal der Augenscheinseinnahme die „gleichzeitige oder möglichst gleichzeitige Beurkundung" an.[32] Dies ist jedoch, wie auch v. Kries (S. 408) betont, unrichtig. Denn „man könnte für den gemeinen Prozeß mit genau dem gleichen Recht bezüglich der Zeugen behaupten, es sei für den Begriff derselben wesentlich gewesen, daß ihre Aussage protokolliert wurde", und „wie oft bei den einzelnen Beweismitteln aus zeitlichen oder räumlichen Gründen eine mittelbare Beweisaufnahme stattfindet, ist für die theoretische Betrachtung gleichgültig".[33] Und selbst wenn man dies nicht annimmt, so kann man es höchstens für den gemeinen Inquisitionsprozeß gelten lassen,[34] nicht aber für das geltende Recht, welches Augenscheinseinnahme durch das erkennende Gericht zuläßt und hierbei Beurkundung nicht verlangt.[35]

Fassen wir die bisherigen Ausführungen dieses Abschnittes zusammen, so ergibt sich, daß unter Augenscheinseinnahme im Sinne der Strafprozeßordnung zu verstehen ist eine amtliche, auf beweiskräftige Feststellung von Tatsachen gerichtete, mit eigenen Sinnen gemachte sinnliche Wahrnehmung des Richters, sofern sie an Gegenständen gemacht wird, welche durch ihr Dasein, ihre äußere Beschaffenheit oder ihre räumlich-zeitliche Beziehung zu andern Sachen oder Personen Beweis liefern, und sofern sie in der gesetzlich vorgeschriebenen Form erfolgt.

Es bleibt nunmehr noch das Wesen der Augenscheinseinnahme zu bestimmen.

Hierbei ist bei den bereits erwähnten Ansichten über die „Unmittelbarkeit" der Augenscheinseinnahme anzuknüpfen (vgl.

Verletzung von wesentlichen Vorschriften, ebenso Entsch. Bd. 18 S. 186. Ein Beispiel der Verletzung von unwesentlichen Vorschriften findet sich in der Entscheidung Bd. 31 S. 135 f. (vgl. S. 44 f. d. Abhandl.).

[32] Handb. Bd. 1 S. 657.

[33] v. Kries S. 408.

[34] vgl. Mittermaier, Beweislehre S. 161, wo ausdrücklich „amtliche Aufzeichnung" als Begriffsmerkmal genannt wird.

[35] Das Reichsgericht spricht dies in der im folgenden (S. 32) erwähnten Entsch. Bd. 26 S. 277 ausdrücklich aus.

S. 15 f.). Wer annimmt, daß das Augenscheinsobjekt die zu beweisende Tatsache sei, wie dies der gemeine Inquisitionsprozeß tat, und wie es heute vor allem noch Birkmeyer (S. 415) tut, der gelangt ohne weiteres zu der Auffassung, daß die Augenscheinseinnahme ein Beweismittel sei, denn sie vermittelt ja dem Richter die zu beweisenden Tatsachen. Dies entspricht auch scheinbar vollkommen dem Sprachgebrauche der Strafprozeßordnung. Denn diese stellt die „Zeugen" im sechsten, die „Sachverständigen" und den „Augenschein" im siebenten Abschnitte des ersten Buches nebeneinander, und es ist vielfach üblich und erscheint durchaus richtig zu sagen, die Strafprozeßordnung führt als Beweismittel auf „Zeugen, Sachverständige, den Augenschein und Schriftstücke".[36]

Hält man indessen daran fest, daß „Augenschein" gleichbedeutend mit „Augenscheinseinnahme" ist (vgl. S. 12) und diese wieder der Zeugenvernehmung und der Einsichtnahme von Urkunden entspricht (vgl. S. 18), so ergibt sich, daß die Augenscheinseinnahme eine Beweiserhebung, ein Akt der Beweisaufnahme ist, Beweismittel dagegen das Augenscheinsobjekt. Als Vertreter dieser Ansicht ist vor allen John zu nennen, der sie ausführlich begründet (Bd. 1 S. 497—502). Außer den soeben angegebenen Gründen macht er geltend, daß auch nach der Strafprozeßordnung selbst die Augenscheinsobjekte als Beweismittel angesehen werden

[36] So Rintelen S. 86. — Im Zivilprozeß ist es noch schlimmer. Die ZPO. spricht in den §§ 371 u. 372 ausdrücklich vom „Beweis durch Augenschein". Die Frage, ob die Augenscheinseinnahme ein Beweismittel sei, ist übrigens im Zivilprozeß ebenso bestritten wie im Strafprozeß. Als Vertreter der Ansicht, daß die Augenscheinseinnahme ein Beweismittel sei, seien hier nur v. Wevelď (S. 54); Wilmowski-Levy (Bd. 1 S. 573) und Struckmann-Koch (S. 500) genannt. Heusler widerlegt diese Ansicht treffend S. 239, vgl. auch S. 18 d. Abhandl. Er bestreitet indessen auch, daß das Augenscheinsobjekt Beweismittel sei (S. 23) und sieht die Augenscheinseinnahme als ein den Beweis überflüssig machendes Mittel an. Seine Ausführungen bekämpft ausführlich Wach S. 200/205, der das Augenscheinsobjekt als Beweismittel bezeichnet, vgl. insbesondere S. 204. Derselben Ansicht wie Wach ist Gaupp-Stein (S. 852). Hinsichtlich der Bezeichnung „Beweis durch Augenschein" weist John, meines Erachtens zutreffend, darauf hin, daß die ZPO. diese Art des Beweises nicht (wie beim Zeugen- und Urkundenbeweise) „nach dem Beweismittel, sondern nach den bei der Beweisaufnahme stattfindenden Vorgängen bezeichnet" (Bd. 1 S. 495).

müssen. Er weist darauf hin, daß § 94 StPO. von „Gegenständen, welche als Beweismittel für die Untersuchung von Bedeutung sein können" spricht, und daß hierzu unzweifelhaft auch Augenscheinsobjekte gehören (S. 495), daß ferner unter die „Beweismittel" des § 102 StPO. auch die Augenscheinsobjekte gehören (S. 496). Der Ansicht Johns schließen sich insbesondere Bennecke-Beling (S. 336 Anm.), v. Lilienthal (S. 1273), Rosenfeld (S. 245) und v. Kries (S. 408) an.

Die Terminologie des Reichsgerichts schwankt. In Entscheidung Bd. 20 S. 149 spricht es davon, daß das Gericht „die Ladung von Zeugen und Sachverständigen, sowie die Herbeischaffung anderer Beweismittel anordnen" könne, und fährt fort, „daß zu diesen Beweismitteln auch der Augenschein gehört, kann nicht bezweifelt werden".

Dagegen sagt es in Entscheidung Bd. 39 S. 304: „. . . Dies gilt nicht nur von Zeugen, Sachverständigen und Schriftstücken, sondern auch von dem Augenschein (richtiger ausgedrückt: von den Gegenständen, die einen Beweis durch die ihnen beiwohnenden mit den Sinnen wahrnehmbaren Eigenschaften erbringen können)".

III. Das Augenscheinsobjekt.

Nachdem im vorigen Abschnitte das Augenscheinsobjekt seinem Wesen nach als Beweismittel bestimmt worden ist, bleibt nunmehr noch die Frage, was unter „Augenscheinsobjekt" zu verstehen ist oder, genauer gesagt, durch welche Begriffsmerkmale es sich von den übrigen in der Strafprozeßordnung genannten Beweismitteln unterscheidet.

Die Beweismittel der Strafprozeßordnung werden von der Literatur überwiegend in „persönliche" und „sachliche"[1] eingeteilt.[2]

[1] Bennecke-Beling S. 333 Anm. 4 will für die letzteren den Ausdruck „sächliche Beweismittel" gebraucht wissen, da „sachlich" seiner Ansicht nach nicht den Gegensatz zu „persönlich", sondern zu „formell" bildet. Er steht indessen mit dieser Terminologie vereinzelt da.

[2] Glaser, Handb. Bd. 1 S. 647, Beiträge S. 360; v. Kries S. 407; Hellweg-Dochow S. 243.

Diese Bezeichnung soll auch hier beibehalten werden, obwohl sie eigentlich nicht ganz genau ist. Denn sie kann leicht zu der von Bennecke-Beling (S. 333) vertretenen Auffassung verleiten, daß persönliche Beweismittel Menschen, sachliche leblose Gegenstände seien. Dies trifft jedoch nicht zu. Auch lebende Menschen können sachliche Beweismittel, nämlich Augenscheinsobjekte sein. Hierauf werde ich im siebenten Abschnitte dieser Abhandlung zurückkommen.

Richtig präzisiert den Unterschied meines Erachtens Glaser,[3] wenn er darauf hinweist, daß bei den persönlichen Beweismitteln der Beweis auf der „Erzählung von Menschen über dasjenige, was sie wahrgenommen haben",[4] bei den sachlichen „auf der zur Zeit der Beweisführung noch wahrnehmbaren Beschaffenheit oder dem Zustande lebender Wesen oder lebloser Gegenstände" beruht.

Innerhalb der sachlichen Beweismittel handelt es sich nunmehr darum, die Augenscheinsobjekte von den Urkunden abzugrenzen. Dies ist jedoch äußerst schwierig, da der Begriff der Urkunde im Strafprozeß gar kein fester ist, von Urkunden in den verschiedensten Sinnen gesprochen wird und die Begriffsmerkmale der einzelnen „Urkundenarten" wieder von den einzelnen Schriftstellern ganz verschieden gefaßt werden. Wollte ich den Unterschied zwischen Augenscheinsobjekt und Urkunde erschöpfend behandeln, so müßte ich zugleich den ganzen vielumstrittenen Begriff der Urkunde ausführlich erörtern. Da dies jedoch den Rahmen dieser Abhandlung überschreiten würde, so muß ich mich auf wenige Bemerkungen beschränken.

Was alles unter „Urkunde" verstanden wird, zeigt am besten die Übersicht Birkmeyers (S. 407). Dieser unterscheidet:

a) „alles, was die Wahrheit einer Tatsache bekundet", Urkunde im weitesten Sinne (entspricht also etwa dem „Beweismittel" überhaupt);

b) „leblose Gegenstände oder doch lebende Wesen mit Ausnahme der Menschen, denen jene Eigenschaft innewohnt", Ur-

---

[3] Handb. Bd. 1 S. 647.

[4] Ich möchte allerdings nur allgemein von „Äußerungen von Menschen" sprechen, da die obengenannte Wendung nicht recht auf die gutachtlichen Äußerungen der Sachverständigen paßt.

kunden in einem engeren Sinne (entsprechen etwa den „sachlichen Beweismitteln" in der Bennecke-Belingschen Auffassung; vgl. S. 24);

c) „Schriftstücke, aus welchen die Wahrheit einer zu beweisenden Tatsache erschlossen werden kann", „Urkunden von prozessualem Interesse";

d) „Schriftstücke, welche durch maßgebenden Willen dazu bestimmt sind, als Beweismittel zu dienen", Urkunden im engsten Sinne.

Geyer (S. 730) hat etwa dieselbe Einteilung, nur daß er unter Urkunden im Sinne b) nur durch menschliche Tätigkeit erzeugte Gegenstände verstanden wissen will. Ullmann (S. 390) bezeichnet die zu b) genannten Beweismittel als Urkunden im weitesten, die zu c) als Urkunden im engeren, die zu d) als Urkunden im engsten Sinne, v. Lilienthal (S. 1275) führt nur die zu b) und c) genannten als Urkunden im „weiteren" und im „engeren" Sinne auf. Diese Hinweise dürften genügen, um das Schwanken der Terminologie zu zeigen.

Die Strafprozeßordnung bestimmt im § 248, daß „Urkunden und andere als Beweismittel dienende Schriftstücke" in der Hauptverhandlung zu verlesen sind, erkennt also offenbar nur die zu d) genannten, die „Solennitätsurkunden", wie sie v. Kries (S. 412) nennt, als Urkunden an. Indessen weist John (Bd. 1 S. 506) treffend darauf hin, daß auch ein Schriftstück, das nicht zu dem Zwecke, als Beweismittel zu dienen, angefertigt worden ist, Urkunde sein kann, obwohl „seine Existenz niemals seine Urkundenqualität bedingt".

Wie ist das möglich?

John beantwortet diese Frage dahin (a. a. O.): „Wie mehrfach Dinge auch zu solchen Zwecken benutzt werden können, zu welchen sie ursprünglich nicht bestimmt sind, so können auch ... Schriftstücke, die bei ihrer Entstehung nichts weniger denn ‚als Beweismittel dienende Schriftstücke' waren, durch den Gebrauch, der von ihnen gemacht wird, zu Schriftstücken werden, welche als Beweismittel dienen; es können mit anderen Worten Schriftstücke, die nicht zu dem Zwecke, um Urkunde zu sein, hergestellt wurden, durch den Gebrauch, der von ihnen gemacht wird, zu Urkunden werden" (S. 506 u. 507).

Und dies ist in der Tat die einzige Möglichkeit, eine Abgrenzung von Urkunden und Augenscheinsobjekten durchzuführen. Nicht der Zweck, zu welchem das Schriftstück hergestellt wurde, ist entscheidend. Es ist auch nicht einmal die „Schriftstücksqualität“[5] des betreffenden Gegenstandes erforderlich, denn, wie John (Bd. 1 S. 501) betont, kann auch eine Sache Urkunde sein, die nicht die geringsten Schriftzeichen aufweist. Umgekehrt kann auch eine „Solennitätsurkunde“ Augenscheinsobjekt sein.[6] Entscheidend ist einzig und allein die Art der Verwendung im einzelnen Falle, und zwar in folgender Richtung:

Wird der gedankliche Inhalt des betreffenden Gegenstandes zur Beweisführung verwendet, so ist der Gegenstand als Urkunde anzusehen, kommt es nicht auf den Inhalt, sondern auf das Dasein, die äußere Beschaffenheit oder die räumlich-zeitliche Beziehung des Gegenstandes zu anderen Sachen oder Personen an,[7] so ist derselbe nicht Urkunde, sondern Augenscheinsobjekt.[8]

Daraus ergibt sich, daß sich die Begriffe „Augenscheinsobjekt“ und „Urkunde“ keineswegs ausschließen, und wenn auch viele Sachen niemals als Urkunden verwendet werden können, so gibt es doch Sachen genug, die Augenscheinsobjekt und Urkunde sein können.[9] Immerhin läßt sich doch nunmehr das Augenscheinsobjekt als „Gegenstand“ (im weitesten Sinne), „der durch sein Dasein, seine äußere Beschaffenheit oder seine räumlich-zeitliche

---

[5] Der Begriff des „Schriftstückes“ schwankt ebenso wie der der Urkunde. Bennecke-Beling (S. 340) bezeichnet als solche nur „Gegenstände, in welche ein Mensch durch Schriftzüge einen Gedanken hineingelegt hat“, Glaser (Handb. Bd. 1 S. 650) alle sachlichen Beweismittel, „in welchen ein Mensch seinen Gedanken Ausdruck gegeben hat“, also auch „Zeichnungen, musikalische Noten, plastische Darstellungen, Aufzeichnungen auf Holz, Stein und Erz“; ähnlich John Bd. 1 S. 500. Zwischen diesen gewissermaßen die Extreme bildenden Ansichten gibt es zahllose Zwischenauffassungen, deren Aufführung an dieser Stelle zu viel Raum beanspruchen würde.

[6] vgl. John a. a. O.

[7] Eine Solennitätsurkunde z. B. ist stets dann Augenscheinsobjekt, wenn ihre Echtheit auf Grund der Schriftzüge, von Rasuren oder Verbesserungen oder des Papiers geprüft wird.

[8] v. Kries S. 408 u. 413; ebenso Ullmann S. 391; Rosenfeld S. 266.

[9] So John Bd. 1 S. 502.

Beziehung zu anderen Sachen oder Personen Beweis liefert", definieren. Zum Schlusse sei bemerkt, daß es selbst zweifelhaft sein kann, ob der gedankliche Inhalt oder die äußere Beschaffenheit verwendet wird. Ein interessantes Beispiel bietet der von Saran mitgeteilte Fall, der sich freilich nicht mit der Unterscheidung von Augenscheinsobjekt und Urkunde beschäftigt, immerhin jedoch hierfür beachtenswert ist.

Ein Jäger ist von einem Wilddiebe durch einen Schrotschuß getötet worden. Teile des aus bedrucktem Papier bestehenden Schußpfropfens werden in der Wunde, andere am Tatort gefunden. Der Untersuchungsrichter stellt fest, daß die Stücke von einer Nummer des Amtsblattes der Stettiner Regierung stammen, der Rest der betreffenden Nummer wird bei dem Verdächtigen gefunden, und der Untersuchungsrichter stellt durch „Augenscheinseinnahme" fest, daß das zu dem Pfropfen benutzte Stück von dieser Nummer abgerissen ist. Saran erörtert die Frage, ob der Untersuchungsrichter diese wichtige Feststellung allein ohne Zuziehung von Sachverständigen (Buchdrucker oder Chemiker) treffen durfte, und bejaht dies mit der Begründung, daß die Identität der Bruchstücke in erster Linie durch ihren „Inhalt", nicht durch die Übereinstimmung des Papiers, des Druckes und der Ränder festgestellt wurde. Für diesen Inhalt sei aber der Untersuchungsrichter selbst sachverständig gewesen, da es sich um das Amtsblatt seiner Regierung handelte, zu dessen Haltung er verpflichtet war und dessen Inhalt ihm daher besser als jedem anderen bekannt sein mußte (S. 752). Daß bei dieser Schlußfolgerung „Inhalt" und „äußere Beschaffenheit" verwechselt sind, ergibt sich nach den obengenannten Unterscheidungsmerkmalen ohne weiteres.

Endlich sei die Frage aufgeworfen, ob es außer den Augenscheinsobjekten und den Urkunden noch weitere sachliche Beweismittel gibt?

Im vorigen Abschnitte (S. 14) wurde ausgeführt, daß von dem Richter nicht aufgesuchte Wahrnehmungen nicht unter den Begriff der Augenscheinseinnahme fallen, gleichwohl aber zulässig sind. Die Objekte dieser Wahrnehmungen kann man, da, wie ausgeführt, die Art der Benutzung ausschlaggebend ist (S. 26), füglich nicht als Augenscheinsobjekte bezeichnen, ebensowenig aber

in der Regel als Urkunden. Es bleibt daher nur übrig, sie, wie dies Hellweg-Dochow tun, als „Überführungsstücke" (S. 243) zu bezeichnen.

Über ihre Benutzung als Beweismittel spricht sich das Reichsgericht in der Entscheidung Bd. 36 S. 55 f. (insbes. S. 56) wie folgt aus:

„Die Strafprozeßordnung kennt keinen geschlossenen Kreis von Beweismitteln, sondern eröffnet dem Richter in der Herbeiziehung und Verwertung geeigneter Erkenntnisquellen den denkbar weitesten Spielraum, indem sie in § 260 das Gericht anweist, über die Ergebnisse der Beweisaufnahme nach freier, aus dem Inbegriff der Verhandlung geschöpften Überzeugung zu entscheiden".

IV. Die Augenscheinseinnahme durch das erkennende Gericht.

Wenn, wie im zweiten Abschnitte ausgeführt wurde, die Hauptbedeutung der Augenscheinseinnahme in der „eigenen" Wahrnehmung des Richters und in der dadurch erzielten „möglichsten Unmittelbarkeit" der Beweisaufnahme besteht, so ergibt sich ohne weiteres, daß die Augenscheinseinnahme den größten Wert besitzt, welche durch das erkennende Gericht selbst vorgenommen wird.[1] Denn erfolgt die Augenscheinseinnahme durch den „Erhebungsrichter",[2] so unterscheidet sich die Beweisaufnahme von der durch Zeugen nur dadurch, daß die Wahrnehmung durch eine Persönlichkeit erfolgt, die die denkbar größte Gewähr für Zuverlässigkeit bietet, daß sie keine zufällige, sondern „das Ergebnis einer auf dieselbe abzielenden Tätigkeit" ist, und daß sie endlich sofort durch das Protokoll fixiert wird.[3] Immerhin bildet doch die Wahrnehmung des Erhebungsrichters wie das Protokoll

[1] So auch Ullmann S. 338.

[2] Mit diesem Ausdrucke bezeichne ich in dieser Arbeit der Kürze halber im Gegensatz zu dem erkennenden Gerichte jeden Richter, der außerhalb der Hauptverhandlung Beweise erhebt. Näheres im folgenden Abschnitte.

[3] vgl. Saran S. 748 f.

eine Vermittlung zwischen Augenscheinsobjekt und erkennendem Gericht, und jede Vermittlung bringt eine Trübung des Beweismaterials mit sich.[4]

Entbehrlich ist allerdings die Augenscheinseinnahme durch den Erhebungsrichter für den Strafprozeß deshalb nicht. Daß die Augenscheinseinnahme durch das erkennende Gericht häufig, wenn nicht gar überwiegend, mit großen Zeit- und Geldverlusten verknüpft ist, ist für mich nicht entscheidend. Denn wo es sich um Ehre, Freiheit oder selbst das Leben eines Staatsbürgers handelt, darf der Gesichtspunkt der Sparsamkeit nicht maßgebend sein. Bei der Augenscheinseinnahme ist dies um so bedenklicher, als viele Wahrnehmungen von verschiedenen Menschen ganz verschieden gemacht werden können und daß vieles dem einen vollkommen zweifelsfrei, dem anderen sehr zweifelhaft erscheinen kann.

Indessen ist es häufig der Fall, daß eine Augenscheinseinnahme durch das erkennende Gericht nicht möglich ist, da das Augenscheinsobjekt zu der Zeit der Verhandlung nicht mehr vorhanden ist. Der Leichnam verwest, die Wunden heilen, die eingedrückte Fensterscheibe, die durchbrochene Mauer lassen sich nicht in ihrem Zustande erhalten. In solchem Falle ist die Augenscheinseinnahme durch einen Erhebungsrichter selbstverständlich jeder anderen Art der Beweisaufnahme vorzuziehen. Immerhin kann ich sie nur wie die kommissarische Vernehmung von Zeugen und Sachverständigen (vgl. § 222 StPO.) als einen Notbehelf ansehen.

Wissenschaft und Praxis stehen allerdings zum Teil auf einem anderen Standpunkte. Im gemeinen Inquisitionsprozesse war die Vermittlung jeder Wahrnehmung durch den Inquirenten unvermeidlich, so daß man sie gewissermaßen ignorierte und Inquirenten und erkennendes Gericht als eine Person auffaßte.[5]

In der Strafprozeßordnung ist, wie auch schon in den Gesetzgebungen des reformierten Verfahrens der Inquirent hinweggefallen und das „Prinzip der Unmittelbarkeit“ für alle Beweismittel eingeführt, nur nicht für die Augenscheinsobjekte.[6] Dabei

---

[4] vgl. im folgenden S. 31.

[5] vgl. Glaser, Beitr. S. 372; Zachariä Bd. 2 S. 217.

[6] So v. Kries S. 347; Bennecke-Beling S. 337.

wird aber noch die Vermittlung, welche durch das Augenscheinsobjekt selbst erfolgt, nicht berücksichtigt, vielmehr nur diejenige, welche durch den Erhebungsrichter und dessen Protokoll geschieht (vgl. S. 40). Richtig ist allerdings, daß die Strafprozeßordnung die Augenscheinseinnahme durch das erkennende Gericht nirgends erwähnt, und daß die allgemeinen Vorschriften der §§ 86 u. 248 lediglich auf die Augenscheinseinnahme durch den Erhebungsrichter passen.

Trotzdem ist in der Literatur wie in der Rechtsprechung übereinstimmend anerkannt, daß es gesetzlich durchaus zulässig ist, wenn das erkennende Gericht in der Hauptverhandlung selbst Gegenstände besichtigt, oder wenn es die Besichtigung von Objekten, welche nicht vor Gericht gebracht werden können, an Ort und Stelle vornimmt.[7] In der Entscheidung Bd. 39 S. 348 f. betont das Reichsgericht auch, daß eine Augenscheinseinnahme durch das erkennende Gericht nicht nur außerhalb der „Gerichtsstelle", sondern auch außerhalb des Gerichtssitzes innerhalb des betreffenden Land- oder Schwurgerichtsbezirkes erfolgen kann.[8]

Indessen wird in der Literatur zum Teil bestritten, daß eine derartige „Besichtigung" durch das erkennende Gericht Augenscheinseinnahme ist. Diesen Standpunkt vertritt vor allem Glaser, welcher in seinem Handbuche (S. 664) ausführt, daß man unter „Augenschein" nicht auch schon „alle Fälle der Benutzung sachlicher Beweismittel begreifen könne, wo also im Gerichtssaal ein Gegenstand dem Gerichte vorgewiesen wird oder dieses sich zum Zwecke der individuellen Besichtigung von Örtlichkeiten oder nicht übertragbaren Gegenständen an Ort und Stelle begibt". Glaser gibt dann im folgenden zu, daß Augenscheinseinnahme durch das erkennende Gericht „nicht untersagt", jedoch von dem Gesetze nicht berücksichtigt sei und selten vorkommen werde. Ich kann mir indessen eine Augenscheinseinnahme durch das erkennende Gericht, bei welcher die von Glaser ausgenommenen Fälle nicht vorkommen, überhaupt nicht vor-

[7] Entsch. Bd. 39 S. 348 f.; Löwe S. 571 Anm. 4; Rosenfeld S. 246; Geyer S. 486; Ullmann S. 341; Stenglein, StPO. S. 220.

[8] vgl. hierzu hinsichtlich der Schwurgerichte § 98 GVG., hinsichtlich der Strafkammern Entsch. Bd. 11 S. 352.

stellen. Glaser weist noch auf einen speziellen Fall (Tourville in Bozen) hin, bei welchem sich Richter, Geschworene, Staatsanwalt und Verteidiger an den Tatort begaben, und bemerkt, „es ward aber sorgfältig alles vermieden, was der Besichtigung den Charakter einer Augenscheinseinnahme hätte geben können“.[9]

Hellweg-Dochow (S. 234f.) meint, es liege kein Grund vor, in einem solchen Falle „die rezeptive Tätigkeit des Richters, die Augenscheinseinnahme, mehr hervortreten zu lassen als bei den persönlichen Beweismitteln, den Zeugen und Sachverständigen, welche, um Verwertung finden zu können, der rezeptiven Tätigkeit des Richters, der sinnlichen Wahrnehmung durch Anhören, gleichfalls bedürfen“ (S. 235), und will daher der Augenscheinseinnahme für solche Fälle keine selbständige Bedeutung als Beweismittel einräumen, wie auch Stenglein[10] annimmt, daß „diese Art des Augenscheins technisch nicht unter denselben subsumiert“ werde.

Ich möchte mich dieser Ansicht nicht anschließen. Ich meine, wie schon einmal erwähnt, daß die „Durchbrechung des Prinzips der Unmittelbarkeit hinsichtlich der Augenscheinsobjekte“ nur ein Notbehelf ist, und daß bei allen Beweismitteln stets nach „möglichster Unmittelbarkeit“ zu streben ist.[11] Vollkommen zutreffend bemerkt v. Kries (S. 376): „Jede Vermittelung bringt im allgemeinen eine Abschwächung und Trübung des Beweismaterials mit sich und beeinträchtigt infolgedessen die Zuverlässigkeit des Beweisergebnisses“, nur möchte ich für „im allgemeinen“ „unter allen Umständen“ setzen. Denn wenn der Richter auch der „zuverlässigste Zeuge“ ist (vgl. S. 28), so ist er doch auch nur ein Mensch und den so zahlreichen psychologischen Täuschungen, wenn vielleicht auch nur in geringem Maße, unterworfen, und die Möglichkeit solcher Täuschungen muß soweit wie irgend angängig beseitigt werden.[12] Ich glaube daher, daß Birkmeyer recht

---

[9] a. a. O. S. 664 Anm.

[10] Lehrb. S. 220.

[11] So auch Rupp S. 127.

[12] Auch das Reichsgericht betont in der bereits (S. 30) erwähnten Entsch. Bd. 39 S. 349, daß gerade durch eine derartige Beweisaufnahme an Ort und Stelle „die Unmittelbarkeit der Beweiserhebung möglichst durchgeführt“ wird.

hat, wenn er sagt: „Der Grundsatz der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme" (allerdings, wie nochmals erwähnt, nur der möglichsten Unmittelbarkeit) „erfordert, daß der Augenschein, wenn irgend möglich, erst in der Hauptverhandlung eingenommen werde. Ja es muß behauptet werden, daß eigentlich nur der von dem erkennenden Gericht selbst eingenommene Augenschein dem Beweise dient" (S. 416 f.).

Auch die Motive (S. 156) halten eine Augenscheinseinnahme durch das erkennende Gericht, auch an Ort und Stelle, „keineswegs für unzulässig" und betonen dabei, daß eine solche Maßregel, wo sie ausführbar sei, „der Unmittelbarkeit der Anschauung wegen vor der Augenscheinseinnahme durch den beauftragten Richter den Vorzug verdiene".

Und ich kann tatsächlich keinen Grund sehen, weswegen man gerade dieser „Maßregel" die Bezeichnung „Augenscheinseinnahme" versagen soll, meine vielmehr trotz des Schweigens der Strafprozeßordnung, daß Rintelen recht hat, welcher darauf hinweist, daß alle Gegenstände der Sinnenwahrnehmung als Beweismittel benutzt werden können, daß es sich aber, „soweit ein solcher Gegenstand dem Richter zur eigenen Wahrnehmung vorgezeigt oder vorgeführt wird, in der Tat nur um Augenschein handelt" (S. 86).

Allerdings entsteht nun die Frage, welche Vorschriften für eine derartige Augenscheinseinnahme in Betracht kommen. Die Strafprozeßordnung gibt außer mehreren speziellen Bestimmungen für Augenscheinseinnahmen durch einen Erhebungsrichter[13] im § 86 die allgemeine Vorschrift: „Findet die Einnahme eines richterlichen Augenscheins statt, so ist im Protokolle der vorgefundene Sachbestand festzustellen und darüber Auskunft zu geben, welche Spuren oder Merkmale, deren Vorhandensein nach der besonderen Beschaffenheit des Falles vermutet werden konnte, gefehlt haben". Ferner gestattet sie im § 248 am Schluß die Verlesung von „Protokollen über die Einnahme des richterlichen Augenscheins" in der Hauptverhandlung.

Indessen hat das Reichsgericht in Entsch. Bd. 26 S. 277

---

[13] vgl. den folgenden Abschnitt.

entschieden, daß beide Bestimmungen „auf die Augenscheinseinnahme durch das erkennende Gericht nicht Anwendung finden, gleichgültig, ob das Augenscheinsobjekt den Richtern an Gerichtsstelle vorgeführt wird, oder ob letztere sich zu jenem hinbegeben". Das Reichsgericht geht dabei meines Erachtens zutreffend davon aus, daß der Vorsitzende mit dem Gerichtsschreiber „nur seine eigenen Wahrnehmungen fixieren" kann, während „für die Urteilsfällung doch vielmehr ausschließlich diejenigen der sämtlichen Mitglieder des betreffenden Richterkollegiums von entscheidender Bedeutung sind". Infolgedessen kommt das Reichsgericht zu dem Ergebnis: „Die von letzteren" (den Mitgliedern des Richterkollegiums) „gleichmäßig oder doch in der Mehrheit gemachten Wahrnehmungen können, soweit sie als erheblich für die Beweiswürdigung erachtet sind, in den Urteilsgründen zur Darstellung gelangen, die Richtigkeit der hier sich findenden Angaben kann, wie aus obigem folgt, nicht mittels Hinweises auf etwaige abweichende Protokollierungen in Zweifel gesetzt werden". Auch Rosenfeld (S. 246), Löwe (S. 350 Anm. 1) und Bennecke-Beling (S. 337) sind derselben Meinung, wogegen Puchelt (S. 189) meint, daß § 86 auch auf die Augenscheinseinnahme durch das erkennende Gericht zur Anwendung gelangen müsse. Und hierfür spricht allerdings zunächst die Einreihung des § 86 unter die „allgemeinen Bestimmungen" der Strafprozeßordnung und ebenso der Wortlaut, der allgemein von der „Einnahme eines richterlichen Augenscheins" spricht.

Der Entwurf der neuen Strafprozeßordnung gibt daher zweckmäßigerweise dem § 83, welcher dem § 86 StPO. entspricht, folgenden Wortlaut:

„Findet außerhalb der Hauptverhandlung die Einnahme eines richterlichen Augenscheins statt, so sind dessen Ergebnisse im Protokolle festzustellen".

Die Begründung bemerkt hierzu (S. 220):

„Die Vorschriften über den richterlichen Augenschein weichen insofern von dem jetzigen § 86 ab, als die Feststellung der Ergebnisse des Augenscheins nur für den Fall vorgeschrieben ist, daß ein Augenschein außerhalb der Hauptverhandlung eingenommen wird. Dies entspricht dem Zwecke der Vorschrift, die lediglich

darauf hinwirken soll, daß bei der Abfassung eines zur Verlesung in der Hauptverhandlung bestimmten Protokolles darauf Bedacht genommen wird, dem erkennenden Gericht ein klares Bild von den Ergebnissen des Augenscheins zu liefern".

Und diesen Zweck allein verfolgt auch der § 86 StPO. Wenn der Entwurf meint, daß nach geltendem Recht § 86 StPO. auch auf die Augenscheinseinnahme durch das erkennende Gericht Anwendung finden müsse, und deshalb eine „abweichende" Bestimmstimmung trifft,[14] so kann er sich offenbar über die soeben erwähnten Bedenken, Stellung und Wortlaut, nicht hinwegsetzen. Rechtsprechung und Literatur tun es überwiegend, wie bereits (S. 32 f.) erwähnt wurde, und dies scheint mir auch zutreffend zu sein aus den vom Reichsgericht hervorgehobenen Gründen (S. 32). Ob damit allerdings jede Aufzeichnung verboten ist, erscheint mir zweifelhaft. Die Augenscheinseinnahme durch das erkennende Gericht ist ein Teil der Hauptverhandlung, und über eine solche muß stets ein Protokoll aufgenommen werden (§ 271 StPO.). Dieses Protokoll muß außer den speziellen Vorschriften des § 272 StPO. auch der des § 273 StPO. entsprechen und daher „den Gang und die Ergebnisse der Hauptverhandlung im wesentlichen wiedergeben und die Beobachtung aller wesentlichen Förmlichkeiten ersichtlich machen". Und wenn der Vorsitzende gemäß § 273 Abs. 3 StPO., „sobald es auf die Feststellung eines Vorganges in der Hauptverhandlung oder des Wortlautes einer Aussage oder einer Äußerung ankommt, die vollständige Niederschreibung und Verlesung anzuordnen" hat, so kann es mangels jeder diesbezüglichen Bestimmung dem Vorsitzenden auch nicht untersagt sein, nach seinem Ermessen wesentliche Feststellungen der Augenscheinseinnahme in das Sitzungsprotokoll aufzunehmen. Stenglein[15] hält auch ein dem Sitzungsprotokoll beizulegendes Separatprotokoll für zulässig; einem solchen dürfte auch nichts im Wege stehen, sofern es den Vorschriften des § 271 StPO. entspricht.[16]

---

[14] vgl. Begründung S. 220.

[15] StPO. S. 220.

[16] vgl. Entsch. Bd. 2 S. 33 f., insbesondere S. 38.

Gibt es sonst noch Vorschriften über die Augenscheinseinnahme durch das erkennende Gericht? Bei der Beantwortung dieser Frage ist davon auszugehen, daß die Augenscheinseinnahme durch das erkennende Gericht stets ein Teil der Hauptverhandlung ist. Für den Fall, daß sie an der Gerichtsstelle stattfindet, leuchtet dies ohne weiteres ein. Indessen gilt es auch für den Fall, daß sie außerhalb der Gerichtsstelle oder selbst des Gerichtssitzes stattfindet.[17] Auch in diesem Falle kommen sämtliche für die Hauptverhandlung geltenden Bestimmungen (§§ 225—275, gegebenenfalls §§ 276—317) zur Anwendung. Insbesondere müssen alle Mitglieder des erkennenden Gerichts, bei Schwurgerichtssachen auch die Geschworenen, ferner Gerichtsschreiber, Staatsanwalt, gegebenenfalls Privat- oder Nebenkläger, Angeklagter[18] und ein etwaiger Verteidiger anwesend sein.[19] Man wird auch mit Ullmann (S. 341) annehmen müssen, daß eine derartige Augenscheinseinnahme öffentlich ist. Selbstverständlich ist indessen der Vorsitzende auf Grund der §§ 177—181 GVG. befugt, das Publikum von den zu besichtigenden Örtlichkeiten selbst fernzuhalten.

Es bleibt schließlich noch die Frage zu beantworten, wann eine Augenscheinseinnahme durch das erkennende Gericht stattzufinden hat? Hierüber entscheidet nach geltendem Recht grundsätzlich das Gericht selbst, und zwar nach freiem Ermessen. Es hat zunächst die Wahl, ob es die Augenscheinseinnahme selbst vornehmen oder einen beauftragten oder ersuchten Richter als „Erhebungsrichter" damit betrauen will.

§ 224 in Verb. mit § 222 bestimmt dies allerdings nur für die Vorbereitung der Hauptverhandlung, indessen hat das Reichsgericht in Entsch. Bd. 20 S. 149 ausgesprochen, daß es auch in der Hauptverhandlung selbst geschehen, und das über die „kommissarische Augenscheinseinnahme" aufgenommene Protokoll in der fortgesetzten Hauptverhandlung verlesen werden kann. Das

---

[17] Entsch. Bd. 11 S. 352 f., insbesondere S. 355.

[18] Im Gegensatz zu § 223 Abs. 2 StPO. also auch dann, wenn er inhaftiert ist und die Augenscheinseinnahme außerhalb der Gerichtsstelle seines Haftortes stattfindet (Ullmann S. 341).

[19] Stenglein, Lehrb. S. 220; Glaser, Handb. Bd. 1 S. 664 Anm. 17; Ullmann S. 341; Birkmeyer S. 417.

Reichsgericht erklärt es in der genannten Entscheidung auch für zulässig, daß mit der Einnahme eines derartigen Augenscheins ein Beisitzer des erkennenden Gerichts beauftragt wird.[20] Beides erscheint auch durchaus zweckmäßig. Denn eine Augenscheinseinnahme durch das gesamte erkennende Gericht kann, namentlich in Schwurgerichtssachen, erhebliche Zeit- und Geldverluste mit sich bringen, und in vielen Fällen wird die kommissarische Augenscheinseinnahme wohl auch dasselbe Ergebnis erzielen, wenigstens nach menschlichem Ermessen. Ob es allerdings tatsächlich immer so ist, ist eine andere Frage, die leider im einzelnen Falle fast nie beantwortet wird. Denn dazu müßte schon zunächst kommissarische Einnahme beschlossen, ausgeführt, das Protokoll verlesen und dann nochmalige Augenscheinseinnahme durch das erkennende Gericht vorgenommen werden. Ob die Überzeugungen, die sich die Mitglieder des Gerichts auf Grund des „kommissarischen Protokolles" gebildet hatten, dann wirklich denen entsprechen, die sie bei der „eigenen sinnlichen Wahrnehmung" in sich aufnehmen? Ich glaube, nicht immer wird dies der Fall sein und am wenigsten bei den schwerwiegendsten Fällen, den Schwurgerichtssachen. Daher meine ich, daß bei einer Prüfung dieser Frage nie in erster Linie der Kostenpunkt berücksichtigt werden darf, sondern immer zunächst sorgfältig zu erwägen ist, ob die kommissarische Augenscheinseinnahme wirklich unter Berücksichtigung aller Umstände des einzelnen Falles voraussichtlich einen vollen Ersatz für die Augenscheinseinnahme durch das erkennende Gericht bieten wird.[21]

Das erkennende Gericht hat aber ferner auch nach freiem Ermessen darüber zu befinden, ob überhaupt eine Augenscheinseinnahme stattzufinden hat.[22] Es ist also einerseits nie behindert,

---

[20] vgl. Löwe S. 570 Anm. 3.

[21] Aus diesem Grunde dürfte es sich auch stets empfehlen, bei Anordnung einer kommissarischen Augenscheinseinnahme auf Anfertigung von Zeichnungen, Modellen und vor allem Photographien zu dringen, welche dem erkennenden Gerichte, namentlich den Geschworenen, stets ein besseres Bild von der Sachlage geben als das bloße Protokoll.

[22] Löwe (S. 352 Nr. 4) führt dies auf den Grundsatz der freien Beweiswürdigung zurück. Dagegen John Bd. 1 S. 719.

eine Augenscheinseinnahme bezw. die Herbeischaffung von Augenscheinsobjekten (§ 243 Abs. 3 StPO.) anzuordnen.

Andererseits ist es grundsätzlich nicht verpflichtet, Anträgen seitens der Staatsanwaltschaft oder des Angeklagten auf Einnahme eines Augenscheins stattzugeben. Eine Ausnahme besteht in dieser Hinsicht allerdings.

§ 244 StPO. bestimmt, daß die Beweisaufnahme auf die sämtlichen vorgeladenen Zeugen und Sachverständigen sowie auf die anderen herbeigeschafften Beweismittel zu erstrecken ist, und läßt Abweichungen nur unter Zustimmung der Staatsanwaltschaft und des Angeklagten sowie vor dem Schöffengericht und bei Übertretungen und Privatklagen vor dem Landgericht in der Berufungsinstanz zu.

Zu diesen herbeigeschafften Beweismitteln gehören nach der Ansicht des Reichsgerichts Augenscheinsobjekte dann, wenn ihre Herbeischaffung „zum Zwecke einer in der Hauptverhandlung vorzunehmenden Besichtigung stattgehabt hat“.[23] Auf diese muß sich also die Augenscheinseinnahme erstrecken, anderenfalls ein Revisionsgrund vorliegt;[24] indessen versteht das Reichsgericht, wie es an anderer Stelle sagt,[25] unter „herbeigeschafften“ Beweismitteln noch nicht jedes in der Hauptverhandlung vorgeführte Beweismittel, denn „die Notwendigkeit des Verzichtes der Staatsanwaltschaft und des Angeklagten deuten unverkennbar darauf hin, daß beide Teile bereits ein Recht auf die Erhebung des Beweismittels erlangt haben müssen, diese Voraussetzung ist aber nur dann gegeben, wenn das betreffende Beweismittel schon vor der Hauptverhandlung als solches bezeichnet und zugelassen war“. Das Reichsgericht versteht daher unter „herbeigeschafften“ Beweismitteln nur

1. „die vom Staatsanwalt bezeichneten und herbeigeschafften, dem Angeklagten mitgeteilten Beweismittel“;

2. „die Beweismittel, deren Herbeischaffung der Angeklagte bei dem Vorsitzenden beantragt hat, sofern dieselben von dem

---

[23] Entsch. Bd. 21 S. 227.
[24] vgl. John Bd. 1 S. 179.
[25] Entsch. Bd. 1 S. 383.

Vorsitzenden unter Benachrichtigung des Staatsanwalts zugelassen und herbeigeschafft sind";

3. „die Beweismittel, deren Herbeischaffung der Vorsitzende von Amts wegen angeordnet hat";

4. „solche Beweismittel, deren Herbeischaffung das Gericht in der Hauptverhandlung selbst angeordnet hat".

So das Reichsgericht (a. a. O.). Im übrigen läßt es dem Gerichte hinsichtlich der Augenscheinseinnahme vollständig freie Hand. Ist das Gericht in der Lage, sich die Überzeugung, die ihr die Augenscheinseinnahme geben soll, durch andere Beweismittel zu verschaffen, so ist es nicht behindert, diese zu benutzen.[26] Es unterliegt der freien Prüfung des erkennenden Gerichts, „ob die Beweismittel, von denen Gebrauch gemacht, sicherer und zuverlässiger seien als die Einnahme des Augenscheins".[27] Aber selbst, wo „anzuerkennen ist, daß die Einnahme des Augenscheins geeignet sei, eine sicherere und zuverlässigere Überzeugung zu verschaffen, muß dieselbe freie Prüfung und dasselbe freie Ermessen des Gerichtes gelten".[28]

Schenkt das Gericht einem vernommenen Zeugen Glauben, so kann es aus diesem Grunde allein nach der Ansicht des Reichsgerichts[29] einen zur Widerlegung der betreffenden Aussage angebotenen Zeugenbeweis nicht ablehnen, wohl aber eine zur Widerlegung beantragte Augenscheinseinnahme.[30]

In Entsch. Bd. 3 S. 138 f. sagt das Reichsgericht, daß „die Prozeßordnung ein unbedingtes Recht des Angeklagten auf Augenscheinseinnahme nicht kennt, vielmehr allein der Zweck des Antrages maßgebend" ist, und noch deutlicher in Entsch. Bd. 21 S. 225 f. auf S. 226: „Die beantragte Zeugenvernehmung ist regelmäßig durch ein anderes Beweismittel nicht ersetzbar. Der Zweck aber, welchen ein Antrag auf Einnahme des Augenscheins verfolgt, läßt sich sehr häufig, insbesondere wenn der Augenschein fern von der Gerichtsstelle eingenommen werden muß, durch einfachere und

[26] Entsch. Bd. 14 S. 277; vgl. Stenglein, StPO. S. 221.

[27] Entsch. a. a. O.

[28] Entsch. a. a. O. S. 278.

[29] Entsch. Bd. 5 S. 312; Rechtspr. Bd. 6 S. 453, Bd. 7 S. 296.

[30] Entsch. Bd. 21 S. 227.

weniger kostspielige und doch gleichwertige Maßnahmen erreichen. In solchen Fällen ist der Richter befugt und verpflichtet, die zweckmäßigere Maßnahme vorzuziehen, und daran auch durch Parteianträge nicht behindert".

Welche zweckmäßigeren Maßnahmen dies sein können, gibt das Reichsgericht in einer anderen Entscheidung[31] an.

Das Gericht bedarf weder einer bereits vorhandenen glaubwürdigen Zeugenaussage über die im Wege der Augenscheinseinnahme zu beweisenden Tatsachen, es braucht auch nicht kommissarische Augenscheinseinnahme anzuordnen. Es kann vielmehr einen beliebigen Zeugen mit der betreffenden Besichtigung beauftragen und diesen in der neuen Hauptverhandlung über seine Wahrnehmung nochmals als Zeugen vernehmen. In der angegebenen Entscheidung heißt es wenigstens: „Wenn das Gericht am 19. 2. 1881, als es zur weiteren Vorbereitung und Erhebung weiterer Beweise Aussetzung der Verhandlung beschloß, dabei dem erschienenen Zeugen H bedeutete, sich für seine bevorstehende abermalige Vernehmung durch ‚Beaugenscheinigung' der Örtlichkeit und Aufnahme einer Handzeichnung sorgfältiger und sachverständiger zu informieren, wenn demnächst in der zweiten Hauptverhandlung der hiernach sachverständig instruierte Zeuge abgehört und auf seine Aussage hin die richterliche Überzeugung mit begründet wird, so verstößt ein derartiges Verfahren gegen keine Vorschriften der Strafprozeßordnung".

Auf das Bedenkliche dieses Verfahrens macht John[32] ausführlich aufmerksam, und so viel ist gewiß, daß eine derartige Beweiserhebung selbst mit einer Augenscheinseinnahme durch einen Erhebungsrichter nicht im entferntesten verglichen werden kann. Ganz abgesehen von der Qualifikation und Unparteilichkeit des Richters, bietet letztere durch die vorgeschriebene Anwesenheit des Gerichtsschreibers wie die Zulässigkeit der Anwesenheit des Staatsanwaltes, Angeklagten und Verteidigers[33] ganz andere Garantien.

Jedenfalls zeigen die bisherigen Ausführungen, daß gerade

---

[31] Rechtspr. Bd. 3 S. 544.

[32] Bd. 1 S. 718f., insbesondere S. 722.

[33] vgl. den folgenden Abschnitt S. 43.

die Praxis der Augenscheinseinnahme nicht eben günstig gesinnt ist und daß zum großen Teil die Furcht vor möglicherweise überflüssigen Kosten und Zeitverlusten wie überhaupt vor „Umständlichkeit" des Verfahrens daran schuld ist. Daß in dieser Beziehung bisher zu weit gegangen ist, kann und will ich selbstverständlich nicht behaupten, wohl aber, daß auf Grund der vorhandenen Gesetzgebung und Rechtsprechung außerordentlich leicht zu weit gegangen werden kann.

Unter den Begriff der Augenscheinseinnahme fallen, wie bereits erwähnt (S. 15), nicht die „unmittelbaren, nicht von dem Richter aufgesuchten Wahrnehmungen", über welche die Strafprozeßordnung keinerlei Bestimmungen enthält. Das Reichsgericht weist in Entsch. Bd. 39 S. 303 f. auf S. 305 darauf hin, daß „solchen Wahrnehmungen oft gerade wegen ihrer Unmittelbarkeit eine besondere Überzeugungskraft beiwohnt", und daß das Gericht dieselben auch bei der Entscheidung berücksichtigen darf, ohne daß es ihrer Erwähnung in dem Sitzungsprotokolle bedarf.

V. Die Augenscheinseinnahme durch den „Erhebungsrichter".

Die Person des Erhebungsrichters,[1] dessen Wahrnehmung und Aufzeichnung dem erkennenden Gericht Ersatz für die eigene Wahrnehmung bietet (vgl. S. 28), ist verschieden, und zwar insbesondere nach der Lage des Verfahrens. Nach der Strafprozeßordnung kann Erhebungsrichter sein:

a) im vorbereitenden Verfahren der Amtsrichter des Bezirkes, in welchem die Augenscheinseinnahme stattzufinden hat (§§ 160, 161 Abs. 2 StPO.);

b) während der gerichtlichen Voruntersuchung der Untersuchungsrichter (§§ 182 u. 185 StPO.), der mit der Führung der Voruntersuchung beauftragte Amtsrichter oder der von dem Untersuchungsrichter ersuchte Amtsrichter eines anderen Amtssitzes (§ 183 StPO.);

c) während der Vorbereitung der Hauptverhandlung und

[1] Über die Bezeichnung vgl. S. 28.

während dieser selbst der von dem erkennenden Gericht beauftragte oder ersuchte Richter (§§ 224 u. 222 StPO.).[2]

Hinsichtlich des Verfahrens bei einer derartigen Augenscheinseinnahme gibt die Strafprozeßordnung zunächst in den §§ 86 u. 248 zwei für sämtliche Fälle geltende Bestimmungen über die Beschaffenheit des Protokolles und die Zulässigkeit seiner Verlesung in der Hauptverhandlung. Von diesen Vorschriften ist bereits im vorigen Abschnitte (S. 32 f.) gesprochen worden, ebenda ist auch der dem § 86 StPO. entsprechende § 83 des Entwurfes der neuen Strafprozeßordnung erwähnt (vgl. insbes. S. 33). Hinsichtlich dieses letzteren muß hier noch darauf hingewiesen werden, daß dem Entwurfe der in dem § 86 StPO. enthaltene „Hinweis darauf, daß in dem Protokolle auch die negativen Ergebnisse des Augenscheins zu berücksichtigen sind, entbehrlich" erscheint[3] und daher in dem § 83 fortgelassen ist, daß ferner § 83 Abs. 2 zweckmäßigerweise bestimmt: „Nötigenfalls sind Abbildungen anzufertigen und dem Protokoll beizufügen", wobei, wie die Begründung (S. 220) bemerkt, unter „Abbildungen" nicht nur „Handzeichnungen", sondern insbesondere auch Photographien zu verstehen sind.

Sodann sind die Vorschriften der §§ 87—90 StPO. über die richterliche Leichenschau und die Leichenöffnung zu nennen. Erstere ist regelmäßig, letztere stets eine sogen. „zusammengesetzte Augenscheinseinnahme".[4] Über das Verfahren ist an dieser Stelle nichts Besonderes anzuführen.

Die weiteren Bestimmungen über die Augenscheinseinnahme finden sich größtenteils in dem Abschnitte über die gerichtliche Voruntersuchung (§§ 176—195 StPO.). Die hier gegebenen Vorschriften gelten auch für alle sonstigen Augenscheinseinnahmen durch Erhebungsrichter, soweit nicht abweichende Bestimmungen entgegenstehen, und sollen daher zunächst erwähnt werden.

§ 185 StPO. macht dem Untersuchungsrichter die Zuziehung eines Gerichtsschreibers zu jeder Augenscheinseinnahme zur Pflicht.

Diese Vorschrift war schon dem gemeinen Inquisitionsprozesse

[2] Entsch. Bd. 20 S. 149; Näheres S. 35.

[3] Begründung zum Entwurfe S. 220.

[4] vgl. den folgenden Abschnitt.

bekannt, und damals schon war es ebenso bestritten wie heute, welche Stellung der Gerichtsschreiber hierbei einnahm. Schon Mittermaier[5] wendet sich entschieden gegen die Ansicht, daß der „Aktuar" eine bloße Schreibmaschine sei und lediglich die Wahrnehmungen des Richters nach Diktat niederzuschreiben habe, weist vielmehr darauf hin, daß er „selbst beobachten" müsse und nur das, „was wirklich vorkam", aufzeichnen dürfe.

Und wie ist es heute? Bei den Beratungen über die Strafprozeßordnung waren die Debatten über die Augenscheinseinnahme äußerst gering. Indessen wurde gerade die Frage, ob die Zuziehung des Gerichtsschreibers zu Augenscheinseinnahmen obligatorisch zu machen oder die einfache „Registratur" des Richters allein als ein gültiges Augenscheinsprotokoll anzuerkennen sei, in erster Lesung erörtert. Für die letztere Meinung wurde namentlich angeführt, daß der Gerichtsschreiber eine „abhängige und meist wenig intelligente" Person sei; demgegenüber wurde betont, daß die Zuziehung des Gerichtsschreibers stets eine Kontrolle der Legalität des Verfahrens bilde.[6]

Die Strafprozeßordnung hat denn auch die Zuziehung des Gerichtsschreibers obligatorisch gemacht, für dringende Fälle hat sie es zugelassen, daß der Untersuchungsrichter eine von ihm zu beeidigende Person als Gerichtsschreiber zuzieht.

Mit Rücksicht auf diese Bestimmung wie auch auf die obengenannten Beratungen kann ich mich der von Stenglein[7] vertretenen Ansicht, daß „der Gerichtsschreiber nicht wesentlich sei, und daß auch in amtlicher Form erfolgte Aufzeichnungen des Richters allein beweisende Kraft hätten", nicht anschließen. Diese Auffassung wird auch weder von der übrigen Literatur noch von der Rechtsprechung geteilt, so wenig wie die Meinung, daß der Gerichtsschreiber nur die „Schreibmaschine" sei. Die herrschende Ansicht geht vielmehr dahin, daß die im Protokolle verzeichneten Wahrnehmungen von dem Richter und dem Gerichtsschreiber übereinstimmend gemacht sein müssen, und daß da, wo eine solche

---

[5] Beweislehre S. 164.

[6] Hahn S. 771.

[7] Lehrb. S. 206.

Übereinstimmung nicht vorhanden ist,[8] dies ausdrücklich im Protokoll vermerkt werden muß.[9]

Das Reichsgericht stellt in der Entsch. Bd. 16 S. 147 folgenden beachtenswerten Grundsatz auf:

„Wird aus dem Protokoll ersichtlich, daß der Richter und der Gerichtsschreiber, sei es über denselben Gegenstand von demselben Standpunkte aus, aus subjektiven Gründen verschiedene Wahrnehmungen gemacht, sei es — unter Teilung der Arbeit — über verschiedene Gegenstände oder von verschiedenen Standpunkten aus über denselben Gegenstand verschiedene Wahrnehmungen gemacht haben, so liegt ein ‚richterlicher Augenschein', wie ihn § 248 StPO. voraussetzt, weder bezüglich der einseitigen Wahrnehmungen des Gerichtsschreibers noch auch bezüglich der des Richters vor".[10]

Auch die Motive fassen die Augenscheinseinnahme derart auf, daß die in dem Protokolle bezeichneten Wahrnehmungen „von den Gerichtspersonen" gemacht sein müssen (S. 73).

Eine weitere Kontrolle der Augenscheinseinnahme in der Gestalt, daß zu jeder Augenscheinseinnahme Urkundspersonen zugezogen werden müssen, wie dies die sächsische Strafprozeßordnung (Art. 173) und die badische (§ 73) vorschrieben, hält die Reichsstrafprozeßordnung nicht für erforderlich;[11] dagegen bestimmt sie in § 191, daß bei jeder Augenscheinseinnahme dem Staatsanwalt, dem Angeschuldigten und dem Verteidiger die Anwesenheit zu gestatten ist, und daß dieselben, soweit dies ohne Aufenthalt für die Sache geschehen kann, von den Terminen vorher zu benachrichtigen sind (§ 191 Abs. 3). Der inhaftierte Angeschuldigte hat den Anspruch

---

[8] Dies kommt namentlich leicht bei der Bestimmung von Farben, der Abschätzung von nicht meßbaren Entfernungen, der Frage, wie weit bestimmte Geräusche hörbar sind, überhaupt in allen Fällen, in denen subjektive Auffassung die Festlegung beeinflußt, vor.

[9] So Birkmeyer S. 416; Löwe S. 351.

[10] Glaser (Handb. Bd. 1 S. 669) hält es für zweifelhaft, ob die Unterlassung der Zuziehung eines Gerichtsschreibers eine so wesentliche Gesetzesverletzung sei, daß die Verlesung des Protokolles nicht stattfinden dürfe. Die herrschende Meinung nimmt dies durchgängig an.

[11] vgl. Mot. S. 73. Eine derartige Bestimmung kennt noch heute die österr. StPO. (vgl. Vargha S. 219).

auf Anwesenheit allerdings nur, wenn die Augenscheinseinnahme an der Gerichtsstelle seines Haftortes stattfindet (§ 191 Abs. 4), auch hat keiner der Berechtigten einen Anspruch auf Verlegung des Termins wegen Behinderung (§ 191 Abs. 5).

Endlich gestattet die Strafprozeßordnung dem Angeschuldigten, bei einer „zusammengesetzten" Augenscheinseinnahme[12] die Ladung der von ihm für die Hauptverhandlung in Vorschlag zu bringenden Sachverständigen zu beantragen, bei Ablehnung des Antrages sie selbst zu laden. Denselben ist die Teilnahme am Augenschein und an den erforderlichen Untersuchungshandlungen insoweit zu gestatten, als sie die Tätigkeit der vom Richter bestellten Sachverständigen nicht hindern (§ 193 StPO.).

Bei den vorgenannten Bestimmungen geht die Strafprozeßordnung davon aus, daß es sich bei einer derartigen Augenscheinseinnahme um eine „antizipierte" Beweisaufnahme handelt, bei welcher „die Parteien ein Interesse daran haben, durch Anträge auf die erschöpfende Benutzung betreffender sachlicher Beweismittel Einfluß zu nehmen",[13] und dies ist eben nur während der Augenscheinseinnahme selbst, nicht aber mehr während der Verlesung des Protokolles in der Hauptverhandlung möglich.[14]

Mit Recht betont daher auch das Reichsgericht in Entsch. Bd. 1 S. 256, daß eine Augenscheinseinnahme, von welcher der Angeklagte nicht vorher benachrichtigt wurde, ohne daß dies nach § 223 StPO.[15] zulässig war, nicht in allen wesentlichen Punkten dem Gesetze entspricht und das Protokoll daher nicht in der Hauptverhandlung verlesen werden darf (vgl. S. 20).

Dagegen hat das Reichsgericht in Entsch. Bd. 31 S. 135 ausgesprochen, daß ein Verstoß gegen § 186 Abs. 3 StPO., nach welchem das Protokoll von den „beteiligten" Personen nach Vor- oder Durchlesung zu genehmigen und zu unterschreiben ist, nicht ohne weiteres als eine wesentliche Verletzung des Gesetzes

---

[12] vgl. den folgenden Abschnitt.

[13] Ullmann S. 340.

[14] vgl. Birkmeyer S. 416; v. Kries S. 411; Stenglein, StPO. S. 352; Hellweg-Dochow S. 236.

[15] Es handelte sich um eine Augenscheinseinnahme während der Vorbereitung der Hauptverhandlung; vgl. S. 45.

anzusehen ist, und daher das Augenscheinsprotokoll noch nicht ohne weiteres zur Verlesung untauglich macht. Vielmehr bleibt es „der freien Beurteilung des erkennenden Richters“ überlassen, „in dem seiner Entscheidung unterbreiteten konkreten Falle die rechtliche Bedeutung des begangenen speziellen Verstoßes und dessen Einfluß auf die urkundliche Beweiskraft des Protokolles nach der besonderen Lage des Falles zu ermessen und festzustellen“.[16] Haben also z. B., wie in dem genannten Falle, weder der Angeklagte oder dessen Verteidiger noch die zugezogenen Sachverständigen das Protokoll unterschrieben, so liegt kein wesentlicher Verstoß gegen das Gesetz vor, wenn sie sämtlich keine auf die Augenscheinseinnahme bezüglichen erheblichen Erklärungen abgegeben haben.[17]

Für die sonstigen Augenscheinseinnahmen durch den „Erhebungsrichter“ gelten, wie bereits erwähnt, grundsätzlich dieselben Vorschriften.

Der Amtsrichter im Vorverfahren muß einem Antrage der Staatsanwaltschaft auf Augenscheinseinnahme stattgeben, sofern dieselbe nach den Umständen des Falles gesetzlich zulässig ist (§ 160 StPO.).

In dringenden Fällen kann die Polizei den Antrag stellen (§ 161 Abs. 2 StPO.), ebenso kann der Amtsrichter bei Gefahr im Verzuge von Amts wegen Augenschein einnehmen (§ 163 StPO.), auf Antrag des Beschuldigten hat er dies zu tun, wenn er sie für erheblich hält und der Verlust der Beweise zu besorgen ist (was gerade bei Augenscheinsobjekten häufig der Fall ist) oder die Augenscheinseinnahme die Freilassung des Beschuldigten begründen kann (§ 164 StPO.).

Im übrigen finden die für die Voruntersuchung geltenden Vorschriften gemäß §§ 166 u. 167 StPO. Anwendung.[18]

Das gleiche gilt für die Augenscheinseinnahmen während der Vorbereitung der Hauptverhandlung und während dieser selbst. Über die einschlägigen Bestimmungen der §§ 224 u. 222 ist bereits im vorigen Abschnitt (S. 35) gesprochen worden.

---

[16] a. a. O. S. 136.

[17] Reichsgericht a. a. O.

[18] Hinsichtlich des Rechts auf Anwesenheit vgl. § 167 Abs. 2 StPO.

Hinsichtlich der Anwesenheit der Parteien und ihrer Benachrichtigung entspricht § 223 dem bereits erwähnten § 191 StPO.

Häufig kommt es vor, daß bei Augenscheinseinnahmen Personen als Zeugen vernommen und ihre Angaben, namentlich wenn sie sich auf die zu besichtigenden Örtlichkeiten beziehen, mit in das Augenscheinsprotokoll aufgenommen werden. Dürfen sie in der Hauptverhandlung mit verlesen werden? Die Meinungen sind geteilt. Das Reichsgericht verneint es in der Rechtsprechung Bd. 6 S. 394.

In den Entscheidungen Bd. 10 S. 10 und Bd. 12 S. 308 hält es dagegen die Mitverlesung von Zeugenaussagen insoweit für zulässig, als dieselben „als ergänzende Momente für die von dem Untersuchungsrichter festzustellenden und nach der ganzen Sachlage lediglich an dem Orte selbst feststellbaren Tatsachen" dienen,[19] und insbesondere wenn die Zeugen bei der Besichtigung von Örtlichkeiten, Feststellung von Entfernungen und Aufnahme von Handzeichnungen über die „entscheidenden örtlichen Momente" Erklärungen abgeben.[20]

Freilich betont das Reichsgericht in beiden Entscheidungen, daß das erkennende Gericht seine Überzeugung nur auf die Ergebnisse des Augenscheins selbst und auf die Bekundungen der Zeugen in der Hauptverhandlung gründen darf.

Stenglein meint allerdings,[21] daß die Vernehmung in der Hauptverhandlung nur dann erforderlich ist, wenn die Zeugen „persönliche Wahrnehmungen, die mit dem Augenschein nicht in Verbindung stehen, in ihre Mitteilungen mengen", daß ihre Aussagen dagegen dann, wenn sie mit dem Augenschein im Zusammenhange stehen, „z. B. über die Stellung der Parteien in den dem Augenschein unterzogenen Örtlichkeiten", „Bestandteile des Augenscheins" seien; ich halte dies jedoch nicht für zutreffend, zumal die Aussagen zugezogener Zeugen doch stets mehr oder weniger ihre zur Sache gemachten Wahrnehmungen betreffen

---

[19] Entsch. Bd. 10 S. 11.

[20] Entsch. Bd. 12 S. 309 f. Zutreffend weist das Reichsgericht dabei darauf hin, daß solche Erklärungen oft „zur Erläuterung und zum Verständnisse des Protokolls" notwendig sind (a. a. O. S. 310).

[21] Lehrb. S. 222.

und nur selten bloße Erläuterungen sind. Ich möchte daher mit Hellweg-Dochow (S. 236) annehmen, daß die Personen, welche als Zeugen zu einer Augenscheinseinnahme zugezogen werden, stets trotz der Verlesung ihrer Erklärungen selbst in der Hauptverhandlung vernommen werden müssen.[22]

Davon, wie es mit den Erklärungen zugezogener Sachverständiger steht, wird im folgenden Abschnitte gesprochen werden.

VI. Die „zusammengesetzte" Augenscheinseinnahme.

Ullmann (S. 342) weist darauf hin, daß „die Wahrnehmung und Beurteilung gewisser tatsächlicher Erscheinungen, Eigenschaften und Zustände sowie des Zusammenhanges von Erscheinungen und Tatsachen ein spezifisches Wissen, technisches Können und eine gewisse Erfahrung in der Verwertung fachmännischer Ausbildung voraussetzt, welche die allgemeine Bildung nicht bietet, daher auch bei dem Richter nicht vorausgesetzt werden kann". Und dies trifft vornehmlich auf die Augenscheinseinnahme zu. Will der Richter daher in einem solchen Falle die „stummen Zeugen" als Beweismittel verwerten, so ist er genötigt, zu der Augenscheinseinnahme Sachverständige hinzuzuziehen. Eine derartige, unter der Zuziehung von Sachverständigen erfolgende Augenscheinseinnahme bezeichnete man im gemeinen Inquisitionsprozesse häufig als „mittelbare" Augenscheinseinnahme;[1] daß diese Wendung in hohem Maße unzweckmäßig ist, habe ich bereits im zweiten Abschnitte (S. 17) dargelegt. Heute wird meist der Ausdruck „gemischte" oder „zusammengesetzte" Augenscheinseinnahme gebraucht.[2] Stein (S. 64) hält die Bezeichnung „zusammengesetzte Augenscheinseinnahme" allerdings für unrichtig, weil „nicht das Beweisobjekt ein zusammengesetztes ist, sondern lediglich zwei zusammen tätige Empfänger des Beweises vorhanden sind, und weil diese Art der Beweisaufnahme bei jeder denkbaren Form der Wahrnehmung, nicht bloß beim Augenschein,

---

[22] So auch Löwe S. 608.

[1] Kitka, Tatbestand S. 204.

[2] Bennecke-Beling S. 338; Glaser, Handb. Bd. 1 S. 673; Birkmeyer S. 413.

möglich ist und vorkommt". Ich glaube indessen, daß bei der Bezeichnung „zusammengesetzte Augenscheinseinnahme" weniger an das Beweisobjekt als gerade an die „Empfänger des Beweises", d. h. mit anderen Worten die Beweiserhebenden, gedacht wird, zumal die Augenscheinseinnahme doch ein Akt der Beweiserhebung ist (vgl. S. 22), und kann sie daher nicht für falsch halten. Ob sie schön ist, ist eine andere Frage, jedenfalls ist mir eine bessere nicht bekannt.

Die „zusammengesetzte Augenscheinseinnahme" ist von jeher Gegenstand spezieller Untersuchungen gewesen. Großen Einfluß auf die Lehre von der Augenscheinseinnahme überhaupt haben diese allerdings nicht gehabt, um so größeren aber auf die Lehre von den Sachverständigen.

Schon im Inquisitionsprozesse fand sich im Anschluß an den bereits erwähnten Art. 149 CCC. die Ansicht, daß die zu der Leichenschau zugezogenen Ärzte Gehilfen des Richters seien. Dieser Satz wurde alsdann dahin verallgemeinert, daß alle zu einer Augenscheinseinnahme zugezogenen Sachverständigen Gehilfen des Richters seien,[3] und dies wurde schließlich auf sämtliche Fälle ausgedehnt, in denen Sachverständige überhaupt tätig wurden; sie waren also Gehilfen des Richters auch dann, wenn der Richter bei ihren Untersuchungen gar nicht anwesend war oder sein durfte (letzteres z. B. bei der ärztlichen Untersuchung weiblicher Personen). Diese Auffassung wurde zwar schon damals bekämpft, so von Mittermaier,[4] von Kleinschrod;[5] immerhin hielt sie sich doch auch noch im reformierten Verfahren.

Auch die Motive zur Strafprozeßordnung erklären (S. 71): „Die Sachverständigen sind Gehilfen des Richters", derselben Ansicht ist Stenglein;[6] ebenso charakterisiert sie „im allgemeinen" v. Kries (S. 381), während Zachariä (Bd. 2 S. 426), John (Bd. 1 S. 515), Ullmann (S. 343) und Hellweg-Dochow (S. 229) diese Auffassung entschieden bekämpfen. Die Erörterung dieser Streitfrage gehört indessen nicht hierher; hier

---

[3] vgl. Ullmann S. 343.

[4] Beweislehre S. 182.

[5] Arch. d. KrimR. Bd. 5 Stück 3 S. 3.

[6] Lehrb. S. 198.

genügt es, auf die überwiegende Ansicht hinzuweisen, daß die Sachverständigen bei Augenscheinseinnahmen Gehilfen des Richters sein können.[7]

Dies läßt sich auch meines Erachtens nach geltendem Recht nicht bestreiten, und selbst diejenigen, welche die Sachverständigen nicht als Gehilfen des Richters behandelt wissen wollen, lassen Ausnahmen gelten. Zachariä (Bd. 2 S. 224) gibt zu, daß Fälle vorkommen, in welchen „Sachverständige als Gehilfen beim richterlichen Augenschein zugezogen werden", Hellweg-Dochow (S. 229), daß die Sachverständigen „dem äußeren Anschein nach gewissermaßen die Stellung von Gehilfen des Richters" haben, Ullmann und John, daß das geltende Recht der Auffassung, daß die Sachverständigen Gehilfen des Richters seien, „Konzessionen mache".[8]

In welchem Verhältnisse stehen bei einer zusammengesetzten Augenscheinseinnahme Richter und Sachverständige zueinander? Gemäß § 78 StPO. hat der Richter die Tätigkeit der Sachverständigen zu leiten, soweit ihm dies erforderlich erscheint. Infolgedessen hat er auch, soweit nicht besondere Umstände (insbesondere Rücksicht auf das Schamgefühl bei ärztlichen Untersuchungen)[9] entgegenstehen, das Recht, derselben beizuwohnen.[10] Im Falle der Leichenöffnung (§ 87 StPO.) ist er sogar dazu verpflichtet. Worin im übrigen die „Leitung" besteht, kann im einzelnen Falle recht zweifelhaft sein und selbst zu Konflikten zwischen Richter und Sachverständigen führen.[11] Daß ein Professor der gerichtlichen Medizin oder Psychiatrie weniger „Leitung" braucht als ein Flickschuster, der über eine Fußspur Auskunft geben soll, ist selbstverständlich. Immerhin bleibt der Richter bei jeder zusammengesetzten Augenscheinseinnahme der Leiter und ist, wie

---

[7] So Binding S. 151; Birkmeyer S. 446; Bennecke-Beling S. 366.

[8] So Ullmann S. 344; ebenso John Bd. 1 S. 518.

[9] vgl. Glaser, Handb. Bd. 1 S. 411.

[10] Löwe S. 340.

[11] Interessant sind in dieser Beziehung die Ausführungen Remers, insbesondere S. 63f., welcher für die leitende Tätigkeit der Richter gegenüber medizinischen Sachverständigen eintritt (vgl. auch S. 8 d. Abhandl.).

schon Kleinschrod[12] betont, nie „eine bloße Maschine bei der Besichtigung“. Freilich macht Kitka[13] mit Recht darauf aufmerksam, daß „der Begriff der Leitung immer voraussetzt, daß der Leitende dem Geleiteten an Kenntnissen über ist“, und daß daher (S. 217) „eine Kontrolle durch den Inquirenten nur hinsichtlich jener Merkmale möglich ist, deren Beurteilung keine besonderen Kenntnisse erheischet“. Jedenfalls muß der Richter auch heute, wie dies schon die preuß. Kriminalordnung im Art. 168 zweckmäßig bestimmte (S. 68), „jeden wesentlichen Schritt der Sachverständigen in dem Protokolle bezeugen, sich dabei dasjenige, was durch die äußeren Sinne wahrgenommen werden kann, vorzeigen lassen“. Und im einzelnen Falle kann die „Leitung“ noch viel umfangreicher sein, vor allem bei minder gebildeten Sachverständigen. Treffend macht Hans Groß (Bd. 1 S. 4—5) darauf aufmerksam, daß solche „in ihrem Fache vollendete und für den Fall brauchbare Kenntnisse besitzen und doch weder ihr Wissen der kriminalistischen Verwertung anpassen, noch sich richtig auszudrücken imstande sein könnten“. In solchen Fällen ist der Richter genötigt, die Sachverständigen auf die erheblichen Punkte aufmerksam zu machen und ihre Angaben „wie ein Dolmetscher“[14] zu Protokoll zu bringen.[15]

Deswegen bleiben dieselben selbstverständlich ein „Gutachten“, das ja im Vorverfahren gemäß § 82 StPO. je nach Anordnung des Richters schriftlich oder mündlich erstattet werden kann. Die Protokollierung des mündlich vor dem Erhebungsrichter erstatteten Gutachtens kann selbstverständlich so wie die einer Zeugenaussage mit dem Augenscheinsprotokoll verbunden werden (vgl. S. 46 f.), und wird überwiegend auch hier angenommen,

---

[12] Arch. d. KrimR. Bd. 5 Stück 3 S. 6.

[13] Beitrag S. 215.

[14] Hans Groß Bd. 1 S. 4.

[15] Allerdings ist es dazu meist nötig, wie Hans Groß wiederholt betont, daß der Richter von den einschlägigen Tätigkeiten der Sachverständigen wenigstens elementare Kenntnisse besitzt, da anderenfalls eine Verständigung zwischen Richter und Sachverständigen häufig nicht zu erzielen ist (insbes. S. 4). Über die in älterer Zeit nach englischem Vorbilde gemachten Vorschläge, daß der Richter ein bestimmtes Maß von medizinischen Kenntnissen erwerben solle, vgl. Birnbaum S. 196 f.

daß die in dem Protokolle enthaltenen Erklärungen der Sachverständigen zwar, soweit sie mit der Augenscheinseinnahme in innerem Zusammenhange stehen, in der Hauptverhandlung mit verlesen werden dürfen, daß die Vernehmung der Sachverständigen jedoch durch diese Verlesung nicht ersetzt werden darf.[16]

Bennecke-Beling (S. 366) macht darauf aufmerksam, daß der Richter zu Augenscheinseinnahmen häufig „sachkundige Personen, die ihm irgendwelche Wahrnehmungen oder Handlungen ermöglichen“, ohne selbst Gutachten abzugeben, zuzieht, und meint, daß auf diese die Vorschriften über Sachverständige nicht Anwendung finden. Indessen weist Glaser[17] darauf hin, daß von diesen Personen zu den wirklichen Sachverständigen ein sehr allmählicher Übergang stattfindet. Daß ein Gutachten erstattet wird, ist nicht entscheidend, denn, wie auch Glaser[18] bemerkt, kann der „Befund“ d. h. die Untersuchung und der Bericht über dieselbe vollkommen genügen. Am treffendsten scheint mir die Wendung von Stein zu sein, daß der Richter von dem Sachverständigen „sachkundige Anleitung zur eigenen Wahrnehmung“ (S. 64) erhält. Sobald also eine zugezogene Hilfsperson dem Richter solche sachkundige Anleitung gibt, ist sie Sachverständiger. Daher scheint mir z. B. der Schlosser, welcher „zeigt, wie mit einem bestimmten Werkzeuge ein Schloß geöffnet werden könne“, der Büchsenmacher, der zeigt, daß „eine bestimmte Kugel in den Lauf eines bestimmten Gewehres nicht gebracht werden könne“, welche Glaser[19] nicht als Sachverständige auffaßt, doch noch Sachverständiger zu sein.[20]

Keine Sachverständigen sind dagegen meines Erachtens Personen, welche die Wahrnehmungen des Richters lediglich „fixieren“, wie dies Geyer (S. 489) annimmt; also der Zeichner, der von den besichtigten Örtlichkeiten eine Skizze oder einen Grundriß anfertigt, der Photograph, der sie aufnimmt. Daß der „An-

---

[16] vgl. S. 46 u. 47 und die daselbst angegebene Literatur und Rechtsprechung.

[17] Handb. Bd. 1 S. 672.

[18] a. a. O. S. 673.

[19] a. a. O. S. 672 Anm.

[20] vgl. Stein S. 64.

fertiger photographischer Aufnahmen" nicht Sachverständiger ist, hat übrigens auch das Reichsgericht in der bereits erwähnten Entscheidung Bd. 36 S. 55 (vgl. S. 28) auf S. 58 ausgesprochen.

Es bleibt schließlich noch die Frage, wann Sachverständige zuzuziehen sind? Die Strafprozeßordnung schreibt dies nur für den Fall der Leichenöffnung (§ 87) und den der mutmaßlichen Vergiftung (§ 91) vor. Außerdem muß den von dem Angeklagten unmittelbar geladenen Sachverständigen bei Augenscheinseinnahmen durch den Erhebungsrichter die Teilnahme gestattet werden (§§ 193, 167 StPO.), bei Augenscheinseinnahmen durch das erkennende Gericht muß sich die Beweisaufnahme auf sie erstrecken (§§ 218, 219, 244 StPO.).

Im übrigen steht die Zuziehung von Sachverständigen vollkommen im Ermessen des Richters.[21] Die Strafprozeßordnung führt als Fälle, in denen sich die Zuziehung von Sachverständigen regelmäßig empfiehlt, die Leichenschau (§ 87 Abs. 1 u. 2), die chemische Analyse bei dem Verdachte einer Vergiftung (§ 91), die Untersuchung von Münzen und Papieren bei Münzverbrechen und -vergehen (§ 92) und die Schriftvergleichung (§ 93) an.

---

[21] Ob zufällig erworbene, insbesondere private technische Kenntnisse des Richters die Zuziehung von Sachverständigen überflüssig machen, ist bestritten. Löwe S. 334 verneint es grundsätzlich, v. Kries (S. 384) verneint es nur für den Erhebungsrichter, Bennecke-Beling (S. 368) und Stein (mit ausführlicher Begründung S. 74—86, insbesondere S. 84) wollen die Verwertung privater technischer Kenntnisse des Richters an Stelle des Sachverständigengutachtens in weitestem Umfange zulassen. Auf diesem letzteren Standpunkte stehen auch die Motive: „Auch in bezug auf technische Fragen entscheidet die Überzeugung des Richters, und es folgt hieraus, daß derselbe von der Einholung eines sachverständigen Gutachtens absehen kann, wenn er glaubt, selbst die betreffende Frage entscheiden zu können" (S. 70/71). Mir erscheint dies bedenklich, zumal, wie Hans Groß (Bd. 1 S. 178) treffend betont, das eigene Wissen auf technischen Gebieten immerhin lückenhaft ist, und der Fachmann auch in scheinbar zweifellosen Dingen zu ganz abweichenden Ergebnissen kommen kann. Einem Mißbrauche privater Kenntnisse ist indessen, wie John Bd. 1 S. 663 bemerkt, durch das Recht der Staatsanwaltschaft und des Angeklagten auf Ladung von Sachverständigen (§§ 218, 219, 221 Abs. 2, 244 StPO.) vorgebeugt.

VII. Die Pflicht zur Duldung der Augenscheinseinnahme.

Zur Augenscheinseinnahme gehört, wie im Abschn. 3 ausgeführt wurde, immer ein Augenscheinsobjekt. Bei den bisherigen Ausführungen wurde stets angenommen, daß dasselbe dem Augenschein einnehmenden Richter vollständig zur freien Verfügung steht. Dem ist jedoch nicht immer so. Ist das Augenscheinsobjekt eine bewegliche Sache, so ist der Besitzer nicht immer geneigt, sie herauszugeben, ist es eine im Privatbesitze befindliche Grundstücksfläche, eine Wohnung oder sonstige Lokalität, so verwehrt der Verfügungsberechtigte oft das Betreten. Am häufigsten aber stößt der Richter auf Widerstand, wenn der Körper des lebenden Menschen selbst Augenscheinsobjekt ist. Und doch kann gerade dieser oft die wichtigsten Beweise liefern. Wunden aller Art, Würgespuren usw. können, an den betroffenen Personen wahrgenommen, über das Vorgehen des Täters die wichtigsten Aufschlüsse geben, auch bei dem Beschuldigten selbst sind sie oft bedeutungsvoll; Tätowierungen, Narben, Male usw. können die Identität einer bestimmten Person nachweisen, und bei vielen Sittlichkeitsdelikten kann oft überhaupt nur der Körper der verletzten Person selbst einen zuverlässigen Beweis liefern.[1] Freilich wird es sich hierbei meist um eine „zusammengesetzte" Augenscheinseinnahme unter Zuziehung von Ärzten, oft sogar, namentlich bei Untersuchungen weiblicher Personen, um ärztliche Untersuchung in Abwesenheit des Richters, also einen Sachverständigenbeweis handeln (vgl. S. 48f.).

Inwieweit besteht nun eine Pflicht, die Augenscheinseinnahme zu dulden, und inwieweit kann sie erzwungen werden?

Die Strafprozeßordnung geht auf diese Frage nicht ein, bedauerlicherweise, wie von der gesamten Literatur einstimmig betont wird. Und in der Tat ist diese Frage so bedeutsam, daß sie wohl eine gesetzliche Regelung verdient hätte. Denn eine unterlassene Augenscheinseinnahme kann der Strafrechtspflege un-

---

[1] Beling S. 471.

ersetzliche Nachteile bringen, eine zwangsweise durchgeführte aber die schwersten Eingriffe in die Rechte dritter Personen darstellen.

Die Wissenschaft geht in verschiedener Weise vor. Zum Teil versucht sie, aus allgemeinen rechtlichen Gesichtspunkten, insbesondere aus den Grundprinzipien des Strafprozesses, eine allgemeine Pflicht zur Duldung von Augenscheinseinnahmen nachzuweisen, zum Teil sucht sie eine solche Pflicht aus speziellen Bestimmungen der Strafprozeßordnung abzuleiten. Von den erstgenannten Versuchen nenne ich hier nur v. Kries' „historische Beweisführung".[2] v. Kries weist auf ausdrückliche Bestimmungen in älteren Rechten, insbesondere in Partikularrechten, hin und meint, daß man diese nicht durch „konkludentes Schweigen habe beseitigen wollen" (S. 410). Er weist ferner auf das praktische Bedürfnis hin, welches die allgemeine Duldungspflicht in „gebieterischer Weise fordert" (S. 410).

Puchelt (S. 189) will auf Grund des in Frage stehenden „öffentlichen Interesses" eine allgemeine Duldungspflicht statuieren, ähnlich wie schon in früherer Zeit Mittermaier, welcher sich darauf berief, daß „jeder Bürger die Pflicht habe, die Ausübung der Strafrechtspflege und die Entdeckung der Verbrechen nicht zu vereiteln".[3] In gleichem Sinne spricht sich auch heute noch Ullmann (S. 340) aus. Alle diese sowie noch einige ähnliche Theorien, deren Aufführung hier zu weit führen würde, hat Beling ausführlich widerlegt (S. 480—488). Gegen ihn wendet sich wiederum Rosenmeyer. Dieser stellt den Satz auf: „Wenn das Gesetz das Augenscheinseinnahmerecht von keiner Voraussetzung abhängig sein läßt, so ist meines Erachtens kein Grund vorhanden, eine Verpflichtung zur Duldung zu verneinen" (S. 47). Indessen kann ich mich dieser Theorie nach dem geltenden Recht nicht anschließen. Stößt der Richter bei irgendeiner Augenscheinseinnahme auf Widerstand seitens des Betroffenen, so hilft, wie Rosenmeyer (S. 48) richtig bemerkt, nur Gewalt, deren Anwendung sich immer als ein erheblicher Eingriff in die Rechte des einzelnen darstellt. Die Voraussetzungen, unter welchen gewalt-

---

[2] Wie sie Beling S. 480 bezeichnet.

[3] Strafverfahren Bd. 1 S. 542.

same Eingriffe in die Rechte des einzelnen zulässig sind, sind jedoch heute überall, insbesondere auch in der Strafprozeßordnung, genau festgelegt und teilweise sogar sehr eng umgrenzt. Ich kann mir daher nicht vorstellen, daß gerade in dem einen Fall der Augenscheinseinnahme das Gesetz eine Ausnahme zulassen und selbst schwerwiegende Eingriffe in das Recht oder selbst die persönliche Freiheit des einzelnen stillschweigend dulden sollte.

Vielmehr kann man meines Erachtens eine Verpflichtung zur Duldung der Augenscheinseinnahme nur auf spezielle Bestimmungen der Strafprozeßordnung gründen, wie dies auch überwiegend geschieht.[4]

Gewissermaßen einen Übergang bilden die Versuche, aus der allgemeinen Zeugnispflicht eine Pflicht zur Duldung von Augenscheinseinnahmen abzuleiten, namentlich für den Fall, daß der lebende menschliche Körper selbst Augenscheinsobjekt ist.[5] Indessen können diese Versuche heute als überwunden gelten. Die herrschende Meinung nimmt an, daß die Pflicht zur Duldung der Augenscheinseinnahme mit der Zeugnispflicht in keiner Beziehung steht.[6]

Etwas anderes ist es dagegen mit der im § 95 StPO. festgesetzten Editionspflicht. Denn diese bezieht sich auf „Gegenstände, welche als Beweismittel für die Untersuchung von Bedeutung sein können" (vgl. § 94 StPO.), und hierunter fallen unzweifelhaft diejenigen Augenscheinsobjekte, welche bewegliche Sachen sind.[7] Die Editionspflicht ist durch die im § 69 StPO. genannten Strafen und Zwangsmittel erzwingbar. Sie versagt indessen gegenüber den Personen, welche zur Verweigerung des Zeugnisses berechtigt sind (§ 95 Abs. 2 Satz 2 StPO.), sowie gegenüber dem Beschuldigten selbst.[8]

Daß sich die Editionspflicht nicht auf den lebenden mensch-

---

[4] vgl. Beling S. 488.

[5] vgl. John Bd. 1 S. 724 und die daselbst angegebene Literatur; ferner Stenglein, StPO. S. 221.

[6] So John a. a. O.; ausführlich Glaser Bd. 1 S. 464; Beling S. 489; Rosenmeyer S. 48 und auch das RG. in Entsch. Bd. 14 S. 189 u. 191 sowie Entsch. Bd. 19 S. 366.

[7] vgl. v. Kries S. 409.

[8] Rosenfeld S. 254; Löwe S. 361.

lichen Körper, also die Duldung körperlicher Untersuchungen bezieht, wie dies Stenglein[9] annimmt, weist Beling (S. 489) treffend nach.

Die Beschlagnahme (§ 94 StPO.) bezieht sich ebenfalls auf Augenscheinsobjekte. Sie kann nach überwiegender Ansicht nicht nur gegen die im § 95 StPO. bezeichneten Personen, sondern auch gegen die zur Verweigerung des Zeugnisses Berechtigten und gegen den Beschuldigten selbst zur Anwendung kommen.[10]

v. Kries meint (S. 284), daß die Beschlagnahme sich auch auf unbewegliche Sachen, also Grundstücke, Lokalitäten usw., beziehen und hier in Gestalt des Verfügungsverbotes zur Anwendung gelangen könne. Mir erscheint dies zweifelhaft. Keinesfalls bezieht sie sich auf den Körper des lebenden Menschen.[11]

Indessen gibt die Strafprozeßordnung noch ein weiteres Mittel, in beschränktem Umfange die Pflicht zur Duldung von Augenscheinseinnahmen zu erzwingen, nämlich die Durchsuchung (§§ 102—111 StPO.). Sie kann zunächst als Hilfsmittel zur Durchführung von Beschlagnahmen dienen, sie ermöglicht aber ferner auch Augenscheinseinnahmen in Lokalitäten[12] und am Körper des lebenden Menschen[13] zwangsweise vorzunehmen. Dies wird allerdings vielfach bestritten. v. Kries meint, daß die „Durchsuchung nur die Beschlagnahme von Sachen bezwecke" (S. 410), und daß „die Durchsuchung ausgeschlossen sei, wenn nach Maßgabe der Bestimmungen über die Beschlagnahme diese letztere bezüglich der gesuchten Gegenstände unzulässig" sei (S. 295). Demgegenüber weist Beling (S. 473 f.) darauf hin, daß § 102 StPO. nur von der Vermutung spreche, daß die Durchsuchung zur Auffindung von Beweismitteln führen werde, daß diese „Beweismittel" keineswegs die im § 94 StPO. genannten Gegenstände zu sein brauchten, und daß daher die Durchsuchung von der Be-

---

[9] Lehrb. S. 222.

[10] So Bennecke-Beling S. 168; Stenglein, StPO. S. 226; Ullmann S. 315.

[11] Beling S. 474.

[12] Stenglein, StPO. S. 220, Lehrb. S. 213; Rintelen S. 117; Löwe S. 376.

[13] Beling S. 494 f.

schlagnahme unabhängig sei. Letzteres nimmt auch Ullmann (S. 316) an.

Binding (S. 137) und Rosenmeyer (S. 42 f.) machen der obengenannten Belingschen Ansicht zum Vorwurfe, daß sie die Begriffe „Augenscheinseinnahme" und „Durchsuchung" gewissermaßen identifiziere, und betonen demgegenüber, daß diese Begriffe streng voneinander zu scheiden seien.[14] Rosenmeyer (S. 44) macht insbesondere geltend, daß eine „körperliche Untersuchung" nie Durchsuchung, sondern stets Augenscheinseinnahme sei.

Indessen scheidet auch Beling die Begriffe Augenscheinseinnahme und Durchsuchung, und zwar gerade bei der körperlichen Untersuchung. Er macht nur geltend, daß „bei der zum Zwecke einer strafprozessualen Beweisaufnahme beschlossenen körperlichen Untersuchung[15] eine Kombination von Beweisakt (Augenscheinseinnahme) und Durchsuchung vorliege" (S. 474), und daß die körperliche Untersuchung daher „unter diesem doppelten Gesichtspunkte zu betrachten sei".

Dies scheint mir auch zutreffend zu sein. Nach § 102 StPO. ist die Durchsuchung von der bereits erwähnten Vermutung abhängig, daß sie „zur Auffindung von Beweismitteln führen werde", nach § 103 StPO. ist sie „behufs der Verfolgung von Spuren strafbarer Handlungen" unter näher bestimmten Voraussetzungen zulässig. Unter diese „Beweismittel" und „Spuren" fallen aber auch unzweifelhaft Augenscheinsobjekte aller Art. Und daß die Spuren oder Beweismittel immer, insbesondere am menschlichen Körper, verborgen sein müssen, kann ich nicht, wie dies Rosenmeyer (S. 44) tut, als wesentlich für die Frage, ob Durchsuchung vorliegt oder nicht, ansehen, zumal das Gesetz nichts hiervon erwähnt und der Begriff des „Verborgenen" überdies sehr dehnbar ist.

Ich schließe mich also der Belingschen Ansicht an, daß, soweit Durchsuchung zulässig ist, auch die Augenscheinseinnahme zwangsweise durchgeführt werden kann. Auf die Bestimmungen

---

[14] Hierauf weist auch schon Geyer (S. 563) hin.

[15] Für Lokalitäten, welche gegen den Willen des Verfügungsberechtigten der Augenscheinseinnahme unterworfen werden sollen, dürfte dasselbe zutreffen.

der Strafprozeßordnung über die Durchsuchung an dieser Stelle einzugehen, ist selbstverständlich nicht möglich. Nur auf eine Bestimmung sei aufmerksam gemacht, welche das gewonnene Ergebnis nicht gerade befriedigend erscheinen läßt.

§ 102 StPO. läßt bei „demjenigen, welcher als Täter oder Teilnehmer einer strafbaren Handlung oder als Begünstiger oder Hehler verdächtig ist", unter näher bestimmten Voraussetzungen eine „Durchsuchung der Wohnung und anderer Räume sowie seiner Person und der ihm gehörigen Sachen" zu.

Danach können also gegebenenfalls Augenscheinseinnahmen jeder Art, insbesondere auch körperliche Untersuchungen, unter diesem Gesichtspunkte durchgeführt werden.[16]

Bei anderen als den im § 102 bezeichneten Personen macht § 103 StPO. die Vornahme von Durchsuchungen unter anderem von der Voraussetzung abhängig, daß „Tatsachen vorliegen, aus denen zu schließen ist, daß die gesuchte Person, Spur oder Sache sich in den zu durchsuchenden Räumen befinde".

Im Anschlusse an diese Bestimmung weisen Geyer (S. 565), John (Bd. 1 S. 815) und Beling (S. 496) darauf hin, daß eine Durchsuchung der Sachen und vor allem des Körpers der im § 102 StPO. nicht genannten Personen unzulässig sei. Ich möchte allerdings mit John annehmen, daß die in den fraglichen Räumen befindlichen Sachen ebenfalls durchsucht werden dürfen,[17] was Beling (S. 497) für unzulässig hält. Im übrigen halte ich gleichfalls eine Durchsuchung der Sachen der im § 102 StPO. nicht genannten Personen für unzulässig, und ebenso die ihres Körpers.

Das Reichsgericht steht freilich auf einem anderen Standpunkte. In der Entsch. Bd. 14 S. 189 sagt es auf S. 194:

---

[16] Freilich, wie Beling (S. 495) sagt, immer nur ein „einfaches Durchsuchen", nicht aber ein „qualifiziertes, welches zu Mitteln greift, die tief in die persönliche Freiheit einschneiden". Welche das sind, ist allerdings oft zweifelhaft. Bennecke-Beling (S. 337) meint, daß alle Manipulationen unzulässig sind, welche die „Körperintegrität" des Betroffenen beeinträchtigen, also „Eingeben von Brechmitteln, operative Eingriffe" und dergl. Rosenfeld hält auch solche „Durchsuchungen" für zulässig, sofern sie „ohne erhebliche, insbesondere dauernde Schädigung" des Betroffenen möglich sind (S. 260).

[17] vgl. John Bd. 1 S. 816.

„Nimmermehr läßt sich annehmen, daß durch diese Worte" („in den zu durchsuchenden Räumen") „gewissermaßen durch eine verborgene Hintertür, eine dem früheren Rechtszustande unbekannte, mit den Bedürfnissen der Rechtspflege kaum vereinbare . . . Beschränkung eingeführt werden sollte", und erklärt es daher auch für zulässig, daß körperliche Untersuchungen an anderen als den im § 102 StPO. bezeichneten Personen unter dem Gesichtspunkte der Durchsuchung zwangsweise durchgeführt werden.[18] Dieser Ansicht neigt auch v. Kries (S. 296) zu.

Mir scheint diese Auffassung doch zu weitgehend, als daß ich mich ihr anschließen könnte. Gerade der Fall, der zu der angeführten Entscheidung Veranlassung gab (körperliche Untersuchung weiblicher Personen behufs Konstatierung der Spuren von Sittlichkeitsdelikten), zeigt, daß es sich mitunter um sehr schwerwiegende Eingriffe in die Rechte dritter Personen handelt. Daß andererseits das öffentliche Interesse derartige Eingriffe dringend fordern kann, ist freilich auch richtig. Indessen bemerkt John (Bd. 1 S. 725) treffend:

„Das unterliegt doch gewiß keinem Zweifel, daß der Richter nur die Zwangsmittel in Anwendung bringen darf, die ihm das Gesetz gewährt, und daß er die ihm gewährten Zwangsmittel auch nur da in Anwendung bringen darf, wo das Gesetz die Anwendung gewollt hat". Und wo dieser Wille des Gesetzes nicht unzweideutig erkennbar ist, da kann weder Wissenschaft noch Praxis helfen; vielmehr müssen sich beide damit begnügen, eine künftige Gesetzgebung zur Abhilfe anzuregen. Und das scheint, wie ein Blick auf den Entwurf der neuen Strafprozeßordnung zeigt, nicht erfolglos geblieben zu sein. Wenigstens bestimmt der genannte Entwurf hinsichtlich von Untersuchungen am Körper des lebenden Menschen in § 81 (S. 37): „Eine körperliche Untersuchung des Verdächtigen darf zum Zwecke der Feststellung von Tatsachen, die für die Untersuchung von Bedeutung sind, ange-

---

[18] Auch ärztliche Untersuchungen. Das RG. nimmt in der genannten Entscheidung an, daß der vom Richter mit der Untersuchung beauftragte Sachverständige in Beziehung auf zwangsweise Durchführung derselben dem Augenschein einnehmenden Richter gleichstehe (S. 193 a. a. O.).

ordnet werden", mit Vorschriften über Anordnung und Ausführung derartiger Untersuchungen, in § 82 (S. 38):

„Eine körperliche Untersuchung einer nicht verdächtigen Person ist ohne deren Einwilligung nur zulässig, wenn sie zum Zwecke der Feststellung, ob eine bestimmte Spur oder Folge einer strafbaren Handlung an dem Körper der Person sich befindet, unerläßlich ist". In beiden Fällen ist Beschwerde gegen eine derartige Anordnung zugelassen. Diese Bestimmungen erscheinen äußerst zweckmäßig und es ist nur zu wünschen, daß dieselben Gesetzeskraft erlangen.

Die Ergebnisse der vorliegenden Untersuchungen sind also folgende:

1. Augenscheinseinnahme im Sinne der Strafprozeßordnung ist eine amtliche, auf beweiskräftige Feststellung von Tatsachen gerichtete, mit eigenen Sinnen gemachte sinnliche Wahrnehmung des Richters, sofern sie an Gegenständen gemacht wird, welche durch ihr Dasein, ihre äußere Beschaffenheit oder ihre räumlich-zeitliche Beziehung zu anderen Sachen oder Personen Beweis liefern, und sofern sie in der gesetzlich vorgeschriebenen Form erfolgt (S. 21).

2. Ihrem Wesen nach ist die Augenscheinseinnahme nicht ein Beweismittel, sondern ein Akt der Beweisaufnahme; Beweismittel ist das Augenscheinsobjekt (S. 22).

3. Eine Unterscheidung zwischen Augenscheinsobjekt und Urkunde läßt sich nur von dem Gesichtspunkte der jeweiligen Verwendung aus durchführen; ein Gegenstand ist Augenscheinsobjekt, wenn sein Dasein, seine äußere Beschaffenheit oder seine räumlich-zeitliche Beziehung zu anderen Sachen oder Personen Beweis liefert, dagegen Urkunde, wenn sein gedanklicher Inhalt zur Beweisführung verwendet wird (S. 24 f.).

4. Eine Augenscheinseinnahme durch das erkennende Gericht ist gesetzlich zulässig und begrifflich möglich. Dieselbe ist ein Teil der Hauptverhandlung und muß stets unter Beobachtung der für die Hauptverhandlung geltenden Vorschriften stattfinden (S. 32 f., 35 f.).

5. Bei Augenscheinseinnahmen durch einen „Erhebungsrichter" müssen die in dem Augenscheinsprotokoll festgelegten

Wahrnehmungen von dem Richter und dem zugezogenen Gerichtsschreiber gemeinschaftlich und übereinstimmend gemacht sein (S. 42).

6. Bei zusammengesetzten Augenscheinseinnahmen sind die Sachverständigen Gehilfen des Richters und unterstehen seiner Leitung (S. 49).

7. Zu Augenscheinseinnahmen zugezogene Hilfspersonen sind Sachverständige, sobald der Richter von ihnen sachkundige Anleitung zur eigenen Wahrnehmung erhält (S. 51).

8. Eine erzwingbare Pflicht zur Duldung von Augenscheinseinnahmen besteht nach der Strafprozeßordnung hinsichtlich beweglicher Gegenstände so weit, als Beschlagnahme und Editionspflicht reichen, hinsichtlich unbeweglicher Sachen und hinsichtlich des Körpers des lebenden Menschen in dem Umfange, in welchem die Voraussetzungen der Durchsuchung vorliegen (S. 55, 57).

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.